

الطبعة الوحيدة الكاملة من:

كتاب المجموع

شرح المذهب للسيرازي

للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي

الجزء الحادي عشر

محققه وعائنه عليه رأكلة بعد نقضه

محمد نجيب المطيعي

وحقوق الطبع محفوظة له

مكتبة الأشتات

جدة - المملكة العربية السعودية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مسائل المصنف

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان في الأرض معدن باطن ك معدن الذهب والفضة دخل في البيع لأنه من أجزاء الأرض وان كان معدنا ظاهرا كالنفت والغاز فهو كالماء مملوك في قول أبي علي ابن أبي هريرة ، وغير مملوك في قول أبي اسحاق ، والحكم في دخوله في البيع على ما بيناه في الماء ، وان باع أرضا وفيها ركاز أو حجارة مدفونة لم تدخل في البيع ، لأنها ليست من أجزاء الأرض ، ولا هي متصلة بها ، فلم تدخل في بيعها) .

(الشرح) والنفت (١) والغاز (٢) .

(أما الأحكام) ففيه مسألتان (احدهما) المعدن على قسمين باطن وظاهر ، وقال القاضى أبو الطيب والماوردي : جامد وذائب .

(القسم الأول) الباطن قال صاحب الاستقصاء : أى غير متميز عن الأرض كالذهب والفضة والفيروزج والرصاص والنحاس وسماها القاضى أبو الطيب والماوردي معادن الجامدات فيدخل في بيع الأرض جزما لما ذكره المصنف ، ولا فرق بين المعدن المذكور وبقيه أجزاء الأرض ، الا أن بعض الأجزاء أفخر من بعض ، ولا يجوز بيع معدن النذهب بالذهب ، ولا معدن الفضة بالفضة ويجوز بغير الأثمان قولاً واحداً ، وهل يجوز بيع معدن الذهب أو معدن الفضة بالذهب ؟ فيه قولاً الجمع بين بيع وصرف قاله الرويانى .

(١ ، ٢) بياض بالأصل فحرر (ش) قلت : النفط دهن أو زيت يستخرج من باطن الأرض وكان يستصبح به أما اليوم فمشتقاته أكثر من أن تحصر من وقود السيارات والطائرات و . . و . . أما الغاز أو القير فهو مادة خام النفط سوداء كانت تطلى بها السفن الخشبية حتى لا يتآكل جسمها ولا يتسرب الماء إليها . (ط) .

(والقسم الثاني) المعدن الظاهر أى المتميز عن الأرض ، وهى أعين لمائع ، كالنظ والقار والموميا والملح والكيريت والزئبق ، والكلام فيه كالحرّم المتقدم فى الماء حرّما بحرف ، وممن ذكر المسألة كما ذكرها المصنف الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى والمحاملى والرافعى وغيرهم ، وجزم الغزالى فى الوسيط بعدم الدخول فيه مع حكاية الخلاف فى الماء ، قال ابن الرفعة : وحمله على ذلك قول الامام اذا باع الأرض وفيها معدن ، فما يتجدد يعد البيع للمشتري ، وما كان مجتمعا فهو للبائع ولا تردد فيه ، بخلاف الماء ، فان من الناس من قال : لا يملك (قلت :) فان أراد الامام أن من الناس من لا يملك أصلا ولا بالحيازة كما هو وجه بعيد حكاه هو فصحيح ، أن ذلك الوجه لا جريان له فى المعدن ، لكن لا أثر لذلك فى مسألة لأن الكلام ما دام فى مقره قبل الحوز ، وان أراد به لا يملك ما دام فى البئر ، فالمعدن كذلك عند أبى اسحق القائل بذلك فى الماء ، كما صرح به المصنف هنا وغيره ، وهذا الذى ذكرناه فى بيع الأرض المشتمة على المعدن جار يعينه فى بيع الدار المشتمة على المعدن ، وفى الدار فرض الغزالى المسألة فى الوسيط .

(المسألة الثمانية) اذا باع أرضا فيها ركاز أى كنز مدفون من ذهب أو فضة أو خشب أو آجر أو حجارة مدفونة أو غير ذلك سواء كان من دفين الجاهلية أو من دفين الاسلام لا يدخل فى البيع ، ولا يخل للمشتري أخذه اذا وجده ، لأن ذلك ليس من أجزاء الأرض ولا من نمائها ولا متصلا بها ، فلم يدخل كمتاع البيت والطعام الذى فيه (والظاهر) أنه لمن ملكته منه الدار ، فاذا ادعاه فهو له ، وان لم يدعه فهو لمن ملكه البائع منه ، وعلى هذا أبدا . هكذا ذكر الشيخ أبو حامد والمحاملى وغيرهم من الأصحاب .

(المسألة الثالثة) الاحجار على ثلاثة أقسام : (الأول) أن تكون مخلوطة فى الأرض ، فتدخل فى بيع الأرض كما يدخل قرار الأرض وطينها ، ثم هى على ثلاثة أضرب :

(الأول) أن يضر بالزرع والغرس جميعا فهو عيب اذا كانت مما يقصد لذلك ، وفيه وجه أنه ليس بعيب وانما هو فوات فضيلة وشرط الماوردى والمتولى فى كون ذلك عيبا أن تكون الأرض مبيعة بغير الغراس والزرع ، قال المتولى : فلو اشتراها للبناء فهى أصلح له

فلا خيار ، وينبغي أن يحمل كلامهما على ما إذا لم يكن مقصوده الزرع ،
والا فالبيع لا يعين جهة المنفعة فيه ، وليس كالأجارة •

(الضرب الثانى) يضر بالغراس دون الزرع لوصول عروق الغراس
اليها دون الزرع فوجهان (أحدهما) أنه عيب (والثانى) ويحكى عن
أبى اسحاق المروزى أنه ليس بعيب ولا خيار فيه ، لأن الأرض اذا
كانت تصلح للغرس دون الزرع أو الزرع دون الغرس لم يكن ذلك
عيبا لكمال المنفعة بأحدهما ، قال الرويانى : وكذلك لو كانت تصلح
للغرس دون الزرع ، قال الماوردى : (والأصح) عندى أن ينظر
فى أرض تلك الناحية ، فان كانت مرصدة للزرع أو بعضها للغرس وبعضها
للزرع فليس هذا بعيب ، وان كانت مرصدة للغرس فهذا عيب ، لأن
العرف المعتاد يجرى مجرى الشرط ، قال : ولعل اختلاف الوجهين
محمول على هذا التفصيل ، فلا يكون فى الجواب اختلاف ، لكن ذكرت
ما على وبينت ما اقتضته الدلالة عندى •

(قلت :) وهذا حسن ووافقه الغزالى فيه ، وهو يقتضى أنها
إذا كانت فى موضع غير معد للزرع ولا للغرس كالأراضى بين البنيان
فى كثير من المواضع فيكون فوات منفعة الزرع والغرس جميعا فيها
ليس بعيب ، ولذلك شرطنا فى أول الكلام تبعا للرافعى أن تكون مقصودة
للغراس والزرع ، واستثنى هو أيضا أن تكون الأرض مبيعة لغير
الغراس والزرع والله أعلم •

(الضرب الثالث) أن لا تكون مضرة بالغراس ولا بالزرع لبعدهما
بينهما وبين وجه الأرض فليس هذا بعيب ، ولا خيار للمشتري •

(القسم الثانى) من أحوال الحجارة أن تكون مبنية فى الأرض
كالتي تكون فى أساسات الجدارات وما أشبهها ، فهى داخلة فى البيع
أيضا لأنها موضوعة للاستدامة ، وهذا على المذهب فى أن بيع الأرض
يستتبع البناء ، والطرق التى تقدمت فى ذلك جارية فيه حرفا بحرف ،
كما اقتضاه كلام الامام وغيره ، قال فى البصر : وكذلك ان كان
البناء منهما أو كانت فى طى بئر خراب ، وهذا الكلام فى الدخول
(وأما) كونها عيبا فقد جعلها الرافعى من الشرط فى كونها عيبا اذا
كانت مضرة بالغراس والزرع كالمخلوقة • (وأما) الماوردى فانه قال :

ان الغالب فيما بنى على الأرض من حجر أنه غير مضر بزرع ولا غرس ،
لأن العروق جارية في مسنة الأرض ومشاربها ، قال : فان كانت
كذلك فلا خيار ، وان كانت مبنية بخلاف العرف في موضع مضر بالزرع
فلمشتري الخيار على ما مضى الا أن يسهل قلعها لقصر المدة وقلة
المؤنة فلا خيار . أما اذا أثبتنا الخيار فاخترنا تمام البيع ، فانه
بمسك الأرض والحجارة بجميع الثمن .

(القسم الثالث) أن تكون مدفونة فيها كما فرضه المصنف ، وقيل :
ان ذلك كان عادة أهل الحجاز ينحتون الأحجار ويدفنونها الى وقت
الحاجة اليها ولا خلاف أنها لا تدخل في بيع الأرض كالكتوز والأقمشة ،
نصر عليه الشافعي رضي الله عنه والأصحاب وقول المصنف : ليست
من أجزاء الأرض احتراز من المعدن (وقوله :) ولا هي متصلة بها
احتراز من البناء والغراس ، ثم لا يخلو المشتري أما أن يكون عالماً
بالحال أو جاهلاً ، ان كان عالماً فلا خيار له في فسح العقد ، وان تضرر
بقلم البائع سواء كانت الأرض خالية عن غراس وبناء أو غير خالية ،
ودخل في العقد أما تبعاً أو مع التصريح ، وللبائع النقل ، وان أضر بالمشتري
بالنقل ، تنقص قيمة الأرض أو الغراس أو الزرع الداخل في العقد
أو الذي أحدثه المشتري بعده أو لم ينقص ، وان أبى البائع القسح
فلمشتري اجباره عليه ، سواء كان تنقيتها تضر أو لا .

وفي الوسيط حكاية وجه أنه اذا لم يتضرر لم يجبره على النقل ،
وساتر مثله فيما اذا كان جاهلاً (والصحيح) الأول ، وان للمشتري
احبار البائع علم القلم والنقل تقريناً لملكه بخلاف الزرع ، فان له
أمداً ينتظر ، ولا أجرة للمشتري في مدة القلم والنقل ، وان طالت
كما لو اشترى داراً فيها أقمشة وهو عالم بها لا أجرة له في مدة النقل
والتقرين ، ويجب علم البائع اذا نقل تسوية الأرض ، وان كان المشتري
جاهلاً بالحجارة فللحجارة بالنسبة الى الضرر في قلعها وتركها أحوال
أربعة (أحدها) أن يكون تركها غير مضر لبعدها عن عروق الغراس
والزرع ، وقلعها غير مضر ، لأنه لم يحصل في الأرض غراس ولا زرع
فالبيع لازم ، ولا خيار للمشتري ، وللبائع النقل ، وللمشتري
احبار ، عليه علم المذهب ، وحكم الامام وجهها ضعيفاً أنه لا يجبر والخبرة
للبائع والمذهب الأول قال الأصحاب : فلو سمح بها للمشتري لم

يلزمه القبول ، لأنها هبة محضة والرافعى أطلق تصوير المسألة في نفى الضرر فلم يحتج الى زيادة على ذلك ، والماوردى أراد بالضرر الزرع والغراس ، فذلك قال ما نذكره ملخصا من كلامه وكلام غيره ، وهو أنه اذا قلعها — فان كان المشتري عالما بالحجارة — فلا أجره له على البائع في مدة القلع ، لأن علمه بها يجعل قلعها مستثنى ، كتبعية ثمرة البائع على نخل المشتري ، وان كان المشتري غير عالم بالحجارة فان كان زمان القلع يسيرا لا يكون لمثله أجره كيوم أو بعضه ، قاله الماوردى وغيره ، فلا أجره على البائع وان كان كثيرا كيومين وأكثر قاله البندنجى .

فان كان بعد قبض المشتري وجب على البائع أجره المثل على الصحيح ، لتقويته على المشتري منفعة تلك المدة ، وهل يجب عليه تسوية الأرض واصلاح حفرها بقلع الحجارة ؟ فيه طريقتان (أحدهما) القطع بالوجوب ، وهو قول الماوردى (والثانية) على وجهين في التتمة ، ولا خيار للمشتري ، كما لو قطع البائع يد العبد المبيع بعد القبض وجب الأرض ولا خيار ، وان كان قبل قبض المشتري ففي وجوب الأجره على البائع وجهان (أحدهما) نعم كما بعد القبض (والثاني) ونسبه الماوردى الى جمهور أصحابنا أنه لا أجره عليه لأن منفعة الأرض قبل القبض مفوتة على المشتري بيد البائع على الأرض أخذا من أن جنايته كالآفة السماوية (فأما) تسوية الأرض واصلاح حفرها ففيه طريقتان قال الماوردى : فلا يجب على البائع وجها واحدا ، لكن يجب بذلك للمشتري خيار الفسخ لأنه عيب ، كما لو قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض ، وقال غيره : فيه وجهان .

(الحالة الثانية) أن يكون تركها مضرا لقربها من عروق الغراس والزرع وقلعها مضرا لما في الأرض من غراس وزرع ، فان كان المشتري عالما بالحجارة ويضررها فلا خيار له في الفسخ ، ولا أجره له في القلع ، وان كان جاهلا اما بالحجارة واما بضررها ، وأما في القلع وأما في الترك فله الخيار ، هكذا يقتضيه كلام الأصحاب وقال الرافعى : للمشتري الخيار سواء جهل أصل الأحجار أو كون قلعها مضرا فأغفل قسما آخر لم يشمل كلامه وهو ما اذا كان عالما بالأحجار ويكون قلعها مضرا ولكن جهل كون تركها مضرا فمفهوم كلامه أنه لا يثبت له

الخيار ، وليس كذلك لأنه لا فرق بين ضرر التترك وضرر القلع في ذلك ، وقد يطمع في أن البائع يتركها فلا يحصل ضرر .

إذا علم ذلك فإذا ثبت الخيار قال الأصحاب : لا يسقط خياره بأن يترك البائع الأحجار ، لما في بقائها من الضرر ، وهل يسقط الخيار بأن يقول للمشتري لا تفسخ لأغرم لك أجرة مدة النقل ؟ فيه وجهان عن رواية صاحب التقريب (أصحابهما) عند الامام والرافعي لا ، كما لو قال البائع : لا تفسخ لأغرم لك الأرض ، ثم ان فسخ رجع بالثمن والا فعلى البائع النقل وتسوية الأرض ، سواء كان النقل قبل القبض أم بعده ، هكذا قال الرافعي ، وقد تقدم عن الماوردي أنه اذا كان قبل القبض لا تجب التسوية وجها واحدا بل يثبت به الخيار ، وكذلك صرح به هنا هو والشيخ أبو حامد ، ورجحه الروياني (أما) بعد القبض فتجب التسوية على المشهور ، وقد تقدم ذكر وجهين في التتمة ، وفي أجرة النقل ثلاثة أوجه .

(ثالثها) وهو الأظهر وهو قول أبي اسحاق المروزي على ما نقله أبو الطيب الفرق بين أن يكون النقل قبل القبض فلا يجب ، أو بعده فيجب (والصحيح) عند الشيخ أبي حامد أنها لا تجب مطلقا ، والكلام في وجوب الأجرة والتسوية في هذا القسم والذي قبله واحد . وكذلك لم يتكلم الرافعي عليه الا في هذا القسم .

واعلم أن الرافعي رحمه الله تعالى أطلق الخلاف في وجوب الأجرة هكذا ومن جملة أقسام ما فرضه أن يكون عالما بالحجارة جاهلا بضررها ، مع أن الرافعي أطلق أولا أيضا أنه متى كان عالما بالحوال فلا أجرة ، وقد يقع بين هذين الكلامين التباس ، فالصواب في بيان ذلك وتحرير حمل وجوب الأجرة ما قاله ، والقاضي أبو الطيب الماوردي جعل محله اذا كان جاهلا بالحجارة وبضررها فان كان عالما بالحجارة غير عالم بضررها فإنه يثبت له الفسخ لعدم علمه بالضرر ، ولا يستحق الأجرة ، وان أقام لعلمه بالحجارة ، وان العلم بها يجعل زمان قلعها مستثنى وكذلك قال في القسم الذي تقدم ، وينبغي أن ينزل كلام الرافعي على هذا التفصيل ، فإنه مع العلم

بالحجارة يمنع ايجاب الأجرة كالثمرة المؤبرة وزمان تفريغ الدار من القماش^(١) وما أشبه ذلك •

قال الرافعى : ويجرى مثل هذا الخلاف فى وجوب الأرض لو بقى فى الأرض بعد التسوية نقصان وعيب ، وكذا قاله القاضى حسين ، فسلكا بالأرض مسلك الأجرة ولم يسلكا ولا من وافقهما فيما تقدم بالتسوية مسلك الأجرة ، بل أوجبوها مطلقا ، وكذلك الشافعى رضى الله عنه فى الأم أطلق وجوب التسوية وهو الذى قاله المحاملى والقاضى حسين والامام ، وابن أبى هريرة أيضا أوجب التسوية قبل القبض ، ولم يوجب الأجرة كما فعل الرافعى ، وقد يقال فى الفرق : ان المنافع والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن ، فلذلك ثبت له الخيار فقط ، لأنه عيب ولم يضمن تخريجا على أن جناية البائع كالأمانة السماوية •

(وأما) الحفر فى الأرض فانه أذهب بعض أجزاء المبيع ، لأن التراب بعض الأرض فيجب عليه اعادتها ولذلك قال ابن الرفعة خيال ضعيف ، ثم هو غير مستمر لأن التراب الذى كان فى موضع الحفر كان قد بان وسلك به مسلك الأجزاء ، فينبغى انفساخ العقد فيه ، وليس كذلك ، وان كان باقيا قد أزاله عن ذلك الموضع عيب فرده من باب ازالة العيب ولا يلزمه ، وايجاب عين أخرى يسوى بها الحفر أبعد والله أعلم ، وممن صرح بأن الأرض كالأجرة صاحب التقريب فيما حكاه عنه الامام أنه حكى فى الأرض الأوجه الثلاثة التى فى الأجرة ، وقد جعل صاحب التتمة حكم التسوية قبل القبض مبنيا على جنابة البائع (ان قلنا) كالأمانة السماوية لم يجب ، وهذا يوافق ما ذكرناه عن الماوردى وهو الصواب •

وحكى صاحب التتمة وجهين فى وجوب التسوية بعد القبض ، لأن التسليم فى القدر المتصل بملكه لم يتم كما يقوله فى وضع الجوائح ، والشافعى رحمه الله تعالى فى الأم أطلق وجوب التسوية ، ولم يفصل بين ما قبل القبض وبعده ولذلك قال ابن الرفعة : ان الذى يقع فى النفس صحته الجزم بوجوب التسوية ، والاجبار عليها

(١) هو ما على وجه الأرض من فتات الأشياء •

كما هو ظاهر النص وقول الجمهور ، ولا نظر الى ما بعد القبض وقبله ، فان التسوية عبارة عن الموضع الذي يجب تسليمه فيه الى غيره وجب عليه اعادته الى ذلك الموضع بلا خلاف وعقب الطلب ، انتهى •

واعلم أن الشافعي والأصحاب رضى الله عنهم المطلقين وجوب التسوية لم يبينوا ما اذا كانت مواضع الأحجار تحتاج في تسويتها الى تراب آخر هل يلزم البائع احضاره من خارج ؟ أو تسويتها ببقية الأرض ؟ أو يعيد الى تلك الحفر التراب الذى أخذ منها بالقلع خاصة ؟ وان لم يحصل به سدها كما أشعر به كلام ابن الرقعة المتقدم ، لكن المفهوم من لفظ التسوية هذا القسم الآخر ، فانه لا تسوية فيه لاسيما اذا كان مواضع الحجارة حفرا كبارا ، والتراب الذى فوق الحجارة يسير ، فاذا قلعت الحجارة بقى موضعها حفرا لا يسده ذلك التراب الذى فوقها ، ولا تتساوى ببقية الأرض ، فحصل التسوية على هذا المعنى فيه بعد وعلى تقدير ارادته يتجه الجزم بوجوب التسوية ، وفاء بمقتضى العقد ، وتسليم المعقود عليه على حاله ، وسواء فى ذلك اذا لم يحصل بنقل التراب عن محله بالقلع عيب فى الأرض أو حصل ولكن أجاز المشتري ، فان الاجازة لا تمنع من المطالبة بتسليم عين أجزاء المبيع على حالها •

وعلى هذا لو عدم ذلك التراب المنقول بالكلية وكان له قيمة ينبغى أن يكون كتلف بعض المعقود عليه ، وان كان المراد القسم الثانى ، وهو تسويته ببقية الأرض فبعيد ، لأنه لا يحصل بذلك اعادة المبيع الى ما كان ، بل يتغير كله ، وان كان المراد التسوية بالتراب المقلوع ، فان لم يكف فبتراب جديد ، فحينئذ لا يتجه الجزم بوجوبه ، لأن الزام البائع بتراب جديد لم يضع يده على مثله مع اجازة المشتري العقد بعيد ، بل الذى يتجه أن يقال : ان البائع يجب عليه كمال التسليم بمقتضى العقد ، ومن ضرورته قلع الأحجار وازالة التراب اللازم ثم اعادته على ما كان فان لم يحصل بذلك زيادة عيب فلا كلام ، وان حصل عيب قبل القبض وكان المشتري قد أجبر البائع على القلع بعد اطلاعه على الأحجار ، وعلمه بالحال ، فلا شيء له غير رد التراب ، لأن اجباره على القلع رضا بما يحصل منه من العيب •

وان جهل الحال — فان حصل ذلك قبل القبض — ثبت له الخيار ، فان فسخ فذاك ، وان أجاز وجب التراب خاصة ، وان كان بعد القبض وكان ذلك مع جهل المشتري بالحال ، فان العقد لم يتضمنه ، وجهل المشتري أثبت له الخيار ، فاذا أسقطه بالاجازة لم يبق له شيء آخر ، ثم التعيب الحاصل من القلع ان فرض ، غايته أن يجعل لتقدم سببه كعيب حاصل في يد البائع ، والمشتري قد رضى به لما ألزمه البائع بالقلع الذى ذلك التعيب من لوازمه ، فلا شيء له ، سواء كان قبل القبض أم بعده ، ولعل ذلك مأخذ الشيخ أبى حامد ومن وافقه في قولهم ، بأن التسوية لا تجب مطلقا قبل القبض وبعمده ، ولكنه خلاف نص الشافعى رضى الله عنه ، وحينئذ اختار طريقة مفصلة وهي أن إعادة التراب الزائل بالقلع واجبة والزائدة على ذلك ان وقع ذلك قبل القبض وحصل به عيب خرج على جنابة البائع (والأصح) أنها كالآفة السماوية فيقتصر على اثبات الخيار وان كان بعد القبض فيخرج على القلع في يد المشتري بالسرقة السابقة في يد البائع (والأصح) أنه من ضمان البائع فتجب التسوية ان وقع بتغير مطالبة المشتري ، وان وقع بمطالبة المشتري ففيه نظر ، وفي مأخذ الخلاف في الأرض ولزوم التسوية مزيد كلام مذكور في الغصب ، هذا كله ، اذا كان لذلك الزمان أجرة ، والا فلا أجرة على ما تقدم قال الماوردى : وعلى جميع الأحوال ليس للبائع اقدام الحجارة في الأرض ان أقام المشتري على البيع •

(والحالة الثانية) أن لا يكون في قلعها ضرر ، ويكون في تركها ضرر ، فيؤمر البائع بالقلع والنقل ، ويجبر عليه ، ولا خيار للمشتري كما لو اشترى داراً فلحق سقفها خلك يسير يمكن تداركه في الحال ، أو كانت منسدة البالوعة فقال : أنا أصلحه وأتقيها ، لا خيار للمشتري (قلت) وههنا أولى بعدم الخيار ، لأن البائع مأخوذ بدفع الضرر عنه ، وهناك لا يلزم البائع الإصلاح وازالة الخلك ، ثم ان الماوردى على عادته لما فسر الضرر بضرر الغراس والبناء قال : ثم القول في الأجرة وتسوية الأرض على ما مضى ، فان أطلقت الكلام كما صنع الرافعى لم يحتج الى ذلك ، وقد ذكر المصنف هذه الحالة في باب الرد بالعيب وسنشرحها هناك ان شاء الله تعالى •

(الحالة الرابعة) أن يكون في قلعها ضرر ولا يكون في تركها ضرر ،
 فللمشتري الخيار إذا كان جاهلا ، فان أجاز ففي الأجرة والأرض
 ما مر ولا يسقط خياره بأن يقول : أطلع وأغرمت الأجرة أو أرض
 النقص ، قال صاحب التهذيب : ويجيء فيه مثل الخلاف المذكور في
 الحالة الثالثة ، ولو رضى البائع بترك الأحجار في الأرض سقط خيار
 المشتري ابقاء للعقد ثم ينظر ان اقتصر على قوله : تركتها فهل هو
 تمليك أو مجرد اعراض لقطع الخصومة ؟ فيه وجهان حكاهما الرافعي ،
 وهما كالوجهين في ترك النعل على الدابة المردودة بالعيب (أحدهما)
 أنه تمليك ليكون في مقابلة ملك حاصل (وأظهرهما) أنه قطع للخصومة
 لا غير ، وبالأول أجاب الماوردي .

وينبنى على الوجهين ما لو قلعها المشتري يوما ما وأبدى للبائع
 في تركها هل يمكن من الرجوع ؟ والأكثر أن له ذلك ، ويعود خيار
 المشتري ، وهو القياس ، وقال الماوردي والامام : لا رجوع ،
 ويلزم الوفاء بالترك إلا إذا جرت حالة يزول فيها المعنى المقتضى للترك ،
 وقال الماوردي : لأنه يجري مجرى الإبراء الذي لا يجوز الرجوع
 فيه ، ولا يعتبر فيه القبول ، وادعى الامام أنه لا خلاف فيه وان
 قال : وهبتها منك فان رآها قبل ووجدت شرائط الهبة حصل الملك
 ومنهم طرد الخلاف لانتفاء حقيقة الهبة ، وانما المقصود دفع الفسخ
 وان لم توجد شرائط الهبة ففي صحتها للضرورة (وجهان) ان
 صححناها ففي افادة الملك ما ذكرنا في الترك ، قال أكثر هذا الكلام
 الامام والرافعي رضى الله عنهما ، ولم يتعرض لأن المشتري يجبر
 على ذلك أولا وقد قال القاضي أبو الطيب : البائع اذا قال : وهبت
 الحجارة ففي اجبار المشتري على قبولها وجهان مبنيان على القولين
 فيما اذا باع ثمرة فحدثت ثمرة أخرى واختلطت بالأولى فوهبتها
 هل يجبر على قبولها ؟ فيه قولان (ان قلنا :) لا يجبر فلأنها هبة مجهولة
 فلا تصح ، وأيضا فلا يجبر على قبول ملك غيره (والثاني) يجبر ،
 لأن بقبولها يزول الضرر .

(فان قلنا) لا يجبر ، فعلى البائع نقلها ، فان لم يسمح البائع
 بترك الأحجار ثبت للمشتري الفسخ ، فان فسخ رجع بالثمن ، وان
 أقام فهل للبائع القطع ؟ ينظر ان كانت الأرض بيضاء أو مغروسة

يغرس متقدماً على البيع أو متأخراً فله ذلك ، ثم الحكم فيه يأتي
 إن شاء الله تعالى . وإن كانت مزرعة يزرع المشتري قال الماوردي :
 فملى البائع ترك الأحجار إلى انقضاء مدة الزرع ، لأنه زرع غير
 متعبد به فلما يقطع قبل حصاده ، فإذا حصد المشتري زرعه قطع البائع
 حينئذ حجارته ، ولزمه أجره الحجارة بعد القبض وتسوية الأرض ،
 ووافقه صاحب التهذيب فقال : إذا كان فوق الأحجار زرع للبائع أو
 للمشتري فإنه يترك إلى أوان الحصاد ، لأن له غاية بخلاف الغراس ،
 قال الرافعي : ومنهم من سوى بينه وبين الغراس .

(فرع) تقدم أنه إذا لم يكن في القطع ضرر أو كان فيه ضرر
 يسير يمكن تداركه عن قرب أنه لا خيار للمشتري . ومحل ذلك على
 ما يقتضيه كلامه إذا بادر البائع إليه ، فلو تقاعد عنه كان للمشتري
 الخيار ، قال ابن الرقعة : وقد يقال : بل يجبر على ذلك كما يقتضيه
 كلام الغزالي وغيره ، تبعاً لظاهر النص ، يعنى في وجوب تسوية
 الأرض على البائع لأن في ذلك محافظة على تمام العقد .

(فرع) في هذه الحالة فأما الغراس الذي وعدت بذكر حكمه
 إذا أقام المشتري على البائع وليس فيها زرع وكان فيها غراس فإن
 للبائع قطع حجارته مطلقاً ثم لا يخلو أما أن يكون ذلك الغرس متقدماً
 على البيع قد دخل ، وأما أن يكون المشتري استجده ، فإن كان متقدماً
 فإن قطعها بعد القبض فعليه الأجرة على الصحيح وأرش النقص
 وتسوية الأرض على ما تقدم ، وتعيب الأشجار بالأحجار كتعيب
 الأرض في إثبات الخيار وسائر الأحكام ، وإن كان قبل القبض لم
 يلزمه التسوية ولا أرش النقص على ما تقدم ، وقد مر في مثله كلام
 الرافعي ومن وافقه ، وفي الأجرة وجهان (أحدهما) لا ، ولو سمح
 للبائع بترك الأحجار وكان القطع والترك يضران ، ففي ثبوت الخيار
 وجهان ، حكاها المحاملي (أحدهما) الثبوت ، لأنه أبتاع أرضاً
 على أن فيها غراساً ، فإذا خرجت على خلاف ذلك فقد لحقه نقص
 وضرر ، هكذا قال ، وفي نظيرها فيما إذا كانت الأرض بيضاء لم
 يتقدم لنا خلاف في سقوط الخيار ، وقال الامام في الأرض المغروسة
 فيما إذا كان القطع يضر دون الترك ، وسمح للبائع بالترك حتى لا يتعيب
 الغراس بالقطع ، لأن الأئمة أجمعوا على أن الخيار يبطل ، وإن كان

اعراس أحدثه المشتري يعد الشراء فان أحدثه عالما بالأحجار فليبايع
 من أو حبار ، وليس عليه ضمان منع العراس وسقط خيار المشتري .
 وإن أحدثه جاهلا فمضى تبوت الخيار وجهان (وجه) البوت أن
 الصيرر ناتىء من أيداعه الأحجار فى الأرض (والأصح) أنه لا يتيت
 لرجوع الصيرر الى غير المبيع ، وبناءا على القاضى حسين على ما اذا
 باع سجرة عليها نمرة يعد بدو الصلاح اتم حدثت نمرة اخرى واحصلت
 ببيعها ، فان الروياى : فان كان فلعه يصير وبرحها لا يضر ، وسمح المبيع
 بالتحجارة للمشتري اجبر على قبولها ولا خيار له ، فان كانت الأرض بمص
 بالتحجارة ايضا فان لم يورث العرس ومنع المعروس نقصانا فى الأرض ، فله
 المنع والفسخ ، وان اورد المنع او العرس بمصانا فلا خيار فى الفسخ ،
 انه يجوز له رد المبيع ناقصا ، ونحن ياخذ الارش .

واذا قلع البائع الأحجار فانتقص العراس فعليه ارس النقص بلا
 خلاف هذا ما فانه الراعى . وقال المحاملى : لا فرق بين ان يعرس البائع
 ويبيع او يبيع بلا عراس ثم يعرس المشتري ، وقال الماوردى : وان كان
 اعراس اسحدثه المشتري بعد البيع فهذا لا يكون الا بعد القبض فيلزمه
 — يعنى البائع — الاجرة ونقص العرس وتسوية الأرض ، والتفصيل
 الذى فانه الراعى اولى ، وما قاله الماوردى من أن ذلك لا يكون الا بعد
 القبض وكذلك قال فى الزرع ، فكان ذلك محمول على الغالب ، والا فيمكن
 أن يحصل للمشتري فى الأرض المبيعة قبل قبضها عرس أو زرع ، وحينئذ
 يعود الكلام فى وجوب الاجرة ، وجميع ما سبق من الاحكام التى
 تختلف قبل القبض ويعد .

وأما ارس نقص العراس هنا فانه واجب على كل تقدير . لأن
 العراس ليس بمبيع حتى يخرج على جناية البائع قبل القبض وهذه
 الاحكام التى ذكرتها فى العراس والزرع ذكرها الماوردى فى هذه
 الحالة الرابعة ، والراعى ذكرها ذكر ما لا اختصاص له بها ولا شك أنها
 قد تأتى فى غيرها كما لو لم يجبر المشتري البائع على القلع فى الحالة
 الأولى أو فى الحالة الثالثة ، فان القلع يكون جائزا للبائع ، ويأتى
 فيه من التفصيل ما ذكره هنا ، والله اعلم .

(فرع) تكلم الامام وقيله القاضى حسين فى أنه لم أوجبوا
 تسوية الحفر على البائع ؟ وعلى الغاصب اذا حفر فى الأرض المغصوبة ؟

ولم يوجبوا على من هدم الجدار أن يعيده ؟ وإنما أوجبوا الأرض ؟
واجبا عنه بأن طم الحفر لا يكاد يتفاوت ، وبينان الإينيه يختلف
ويتفاوت ، فشيء ذلك يذوات الأمثال وهذا يذوات القيم حتى لو رفع
لينه أو لبنتين من رأس الجدار وأمكن الرد من غير اختلاف في الهيته
كان ذلك كطم الحفر •

(فرع) ذكره المحاملي هنا قال أبو اسحاق : إذا باع عبدا
فقال المشتري : هو أبقي ، وقال البائع : أنا أحضره الساعة وأحضره لم
يكن للمشتري خيار (قلت :) وصورة ذلك كما صرح به غيره ما إذا
اشتراط البائع الإبقاء ثم أبقي في يد البائع قبل القبض ، فإذا أمكنه رده
عن قرب لم يتيت الخيار •

(فرع) ذكر الامام في آخر كلامه كالتضيي لما تقدم أنه مهما
فرض ضرر لا يندفع فإن كان المشتري عالما فلا خيار ولا أرض ، فإن
كان جاهلا ثبت الخيار ، فإن فسخ فذاك ، وإن أراد ، وأراد الزام
البائع أرض النقص وإن لم يتمكن البائع من دفع الضرر بترك الحجر ،
وكان الضرر في تركه ونقله ، ففي الأرض الأوجه من جهة أن المشتري
يجد خلاصها بالفسخ ، فهو كاطلاعه حالة العقد ، وأن النقص ظهر
بعد العقد يفعل منشؤه البائع ، أما قبل القبض أو بعده مستندا إلى
سبب متقدم كقتل العبد المرتد ، وإن تمكن من دفع الضرر بترك الحجر
فلا يلزمه الترتك ، ولكن لو فعل وظهر الضرر فمن أصحابنا من قال
في تغريم البائع ما تقدم من الخلاف ، ومنهم من يقطع بتغريمه في
هذا القسم ثم ينتظم على هذا تعطل المنافع من غير نقص في رقية
المبيع • وقد ذكروا الخلاف في الأجرة فما وجه ترتبها ؟ والفرق
لائح ؟ فإن المنافع ليست معقودا عليها ، ولو قيل : القدر الذي
يفرغ البائع فيه المبيع غير داخله في استحقاق المشتري لم يكن يعيدا ،
والمبيع كله مستحق للمشتري بأجزائه وصفاته •

(فرع) تقدم أن الأصح في الأجرة أنها لا تجب قبل القبض ،
وتجب بعده ، وأن ذلك قول أبي اسحاق المروزي على ما نقل أبو الطيب ،
وفي البحر قال المسيرجسي : قال اسحاق (١) في بغداد قبل خروجه

(١) كذا بالأصل ولعله قال الشافعي ، والله أعلم (ط)

الى مصر : له الأجرة ، يعنى قبل القبض ، قال القاضى الطبرى :
وعدا محتمل عندى لانه نص فى البيوتى على أن البائع اذا قطع
يد العبد المبيع فالمشتري بالخيار بين الفسخ والاجازة مع الارش ،
فإذا نص فى الارش فالأجرة مثله ، وبني القفال ذلك على أن جناية البائع
تألفه السماوية او كجناية الأجنبى •

(فرع) تقدم الكلام فى أن للمشتري الخيار عند وجود شروطه
المقدمة ، وإن الأجرة والارش يفصل فيهما بين ما قبل القبض وبعده ،
وهل يثبت خيار للمشتري بنقص الأرض بالطلع ؟ تقدم عن الماوردى
فيما قبل القبض أنه يثبت ، وذلك ظاهر ، لانه عيب حدث قبل القبض
وقال الرويانى : انه ان كان بعد القبض فيثبت أيضا ، لأن سببه كان
موجودا قبل القبض •

(فرع) اذا اختار المشتري الامساك فيما اذا كانت الأرض
المذكورة مشتملة على شجر داخل فى البيع وكان قلع الحجارة يضر
وتركها يضر ، فالحكم فى التسوية والأجرة على ما تقدم وفى ارش
النقص طرق حكاها الرويانى •

(أحدها) لا أرش لأنه رضى بالنقص وقال أبو اسحاق : هو
كالأجرة ان كان قبل القبض لم يلزم وإن كان بعده لزم • وقال
ابن سريج : بعد القبض يلزم قولاً واحداً وقيله قولان • وقال بعض
أصحابنا بخراسان : فيه وجهان قبل القبض وبعده والأصح أنه
يجب •

(فرع) قال الرويانى : فلو كان قلع الأشجار يضر وتركها لا
يضر ، واختار البائع الترك ، لا خيار للمشتري ، وهل تملك بالترك ؟
على ما تقدم وقال القفال : لو قلع المشتري تلك الأحجار بعد ذلك فهل
للبيع قلع الأحجار ؟ وجهان مبنيان على ما لو أتلّف حنطة فلم يوجد
مثلاً فغرم المثل ، ثم وجد المثل ، هل له رد القيمة ومطالبته بالمثل ؟
وجهان وإن اختار القلع فالمشتري الخيار لأنه يضر بالمبيع ، ولا فرق
بين أن يقول له البائع : أنا أعطيك أرش النقص أو لم يقل وليس
كما اذا اختار الترك ، فانه لا نقص فى الترك ، فان اختار المشتري
الامساك فالحكم فى التسوية والأجرة وأرش النقص على ما مضى •

(فرع) اذا عرس المشتري يعد العلم بالحجارة سقط رده كما تقدم ، ثم ان كان قلع الأحجار وتركها مضرين للبائع القلع والمشتري المطالبة به ، ثم اذا قلع قال الروياني : يلزم البائع أرش النقص قولاً واحداً ، لأنه حول ملكه عن الأرض بادخال النقص على الغير ، فان كان مراد الروياني نقص الأرض فظاهر ، وان كان المراد نقص الغراس فقد تقدم عن الرافعي خلافه ، وأنه لا يضمن نقصه وذلك هو الظاهر ، فانه متعد بالغرس ، والله أعلم .

وان كان قلعها يضر وتركها لا يضر فان اختار القلع قال الروياني : فعليه أرش النقص قولاً واحداً ، والكلام فيه كما تقدم ، وليس مراده الا الغراس فانه قال عقيب ذلك وكيفية التقويم أن يقال : كم يساوي هذا الشجر ولا نقص ؟ فيقال : مائة ، فيقال : وكم يساوي ربه هذا النقص ؟ فيقال : تسعون فيقول : نقص العشر ، فتلزم حصته من القيمة ، وان اختار البائع الترك فهل يملكها المشتري ؟ فعلى ما ذكرنا .

(فرع) قال الروياني وغيره : ولو كان البائع زرع فيها زرعاً وباعها مع الزرع وتحتها أحجار يعنى والمشتري جاهل بها فليس للبائع أن يقطع الأحجار ما لم يحصد الزرع اذا كان قلعها يضر بالزرع ، وأن الزرع يختص بالبائع فالضرر يختص به والخيار اليه .

(فرع) قال الغزالي رحمة الله عليه فيما نقل ابن أبي الدم : ان العراقيين نقلوا أنه يجب على الغاصب أرش نقصان الحفر ، ويريد به : ولا يلزمه التسوية وفي مسألة البيع يلزمه التسوية ، ومعناه : ولا يلزمه أرش النقص ، واختلاف الأصحاب في ذلك على طريقتين منهم من قال : يلزمه أرش النقص في المسألتين دون تسوية الحفر فيهما ، ومنهم من قال : يلزمه التسوية في المسألتين دون أرش النقص ومنهم من فرق بعدوان الغاصب فيلزمه الأرض بخلاف البائع فيلزمه التسوية .

(فرع) زرع المشتري الأرض ولم يعلم أن تحتها حجارة ، وفي قلعها هلاك الزرع ، لم يمكن البائع من قلعها لأن للزرع غاية فيؤمر بالتوقف بخلاف الغراس ، قاله صاحب التتمة وغيره ، ونص عليه

لشافعى رضى الله عنه . وكذلك فيما اذا علم المشتري بالحجارة وترك
البائع القلع ، ثم أراده بعد زرع المشتري لم يكن له ذلك حتى يحصده
المشتري ، كما حمل ابن الرفعة نص الشافعى عليه ، قال الرافعى :
ومن الأصحاب من يسوى في الحالتين بينه وبين الغراس .

(فرع) شبه المتولى الخلاف في ثبوت الخيار اذا اشترى
الأرض وغرسها بعد الشراء ثم ظهر فيها أحجار بما اذا باع الشجرة
وبقى لنفسه الثمرة ، فحدثت ثمرة أخرى واختلطت بها ، فمن قال هناك
يجعل الحادثة كالبيعة في حكم الاختلاط . قال ههنا : ان الضرر الذى
يلحقه في الغراس الحادث كالضرر الذى يلحقه في الأشجار المشتراة ،
يعنى لأنه استحق بالشراء أن يغرس فيها ، فجعلنا الضرر الذى يلحقه
في حق من حقوق المبيع كالضرر الذى يلحقه في نفس المبيع ، قال :
وأصل المسألتين اذا اشترى جارية فوطئها ، ثم استلحقت فغرم المهر
هل يرجع بالمهر على البائع أم لا ؟ فعلى قول يرجع لأنه ضمن له
سلامة الوطء فاذا لم يسلم يرجع عليه ، وكذا هنا ضمن له سلامة
غراسه ، والثمار الحادثة ، فجعلنا الخل الحاصل في واحد منهما
كالخلل في عين المبيع ، وفرض المتولى المسألة فيما اذا كان قلعها يضر
بالغراس ، وتركها لا يضر ، وقد تقدم حكاية الخلاف عن الرافعى في
ثبوت الخيار مطلقا .

(فرع) قال الشيخ أبو محمد الجوينى في السلسلة لما ذكر
الوجهين في وجوب الأجرة على البائع للمدة التى مضت في نقل
الحجارة ، وبناءهما على أن جنائية البائع كالأمة السماوية ، وكجنائية
الأجنبى قال : فان قيل : القبض هنا حاصل ، والمذهب لا يختلف أن
جنائية البائع بعد القبض كجنائية الأجنبى ، وإنما القولان قبل القبض
(قلنا :) البائع اذا سلم الأرض وفيها حجارة مستودعة مانعة من
الانتفاع فانها مانعة من كمال صفة القبض فلذلك ألحقناها بالحالة
الأولى ، وهذا الذى قاله الشيخ قد تقدمت الإشارة إليه ، ولكنى أحببت
نقله من كلامه .

(فرع) من تنمة الكلام في المسائل المتقدمة لو كان الغراس
داخلا في بيع الأرض ، ونقل الحجارة مضر به ، قال الامام : وليس

الفاصل أن يقول في حالة الجهل وأضرار الغراس ونحوه أنه يمتنع عليه النقل وفاء بموجب البيع ، وقياماً بتسليم الأرض والأشجار له .

(فرع) قال الرافعي رحمه الله : لو باع داراً في طريق غير نافذ دخل حريمها في البيع ، وفي دخول الأشجار الخلاف الذي سبق ، وإن كان في طريق نافذ لم يدخل الحريم والأشجار في البيع ، بل لا يحريم مثل هذه الدار ، كذا ذكرها الرافعي قال : إذا قال : بعثك هذا البستان أو الباحة دخل في البيع الأرض والأشجار والغراس ، وكل ما له من النبات أصل لا خلاف في المذهب في ذلك ، وفي دخول البناء الذي فيه ما سبق في دخوله تحت الأرض ، وقال الغزالي : إن أظهر عدم الدخول جرياً على قاعدته (وأما) على المذهب فإنه يدخل ، وإن قيل بالجزم بالدخول كان له وجه فإن البستان وإن كان قد يخلو عن البناء ولكنه إذا كان مشتملاً عليه تناول اسمه جميع ذلك ، وهو كالاتصال الذي في دخول الشجر في بيع الدار ، وهو هنا أقوى ، لأن اشتغال البساتين على البناء أكثر من اشتغال الدور على الأشجار غالباً ، ويندر أن يكون بستان لا بناء فيه .

وجزم الرافعي بدخول الحائط ولا وجه لذلك ، بل هي من جملة الأبنية ، فالجزم فيها مع طرد الخلاف في غيرها غير متجه ، ولا مساعد عليه عند الأكثرين ، هذا والماوردي أطلق طرد الخلاف في البناء من غير تفصيل ، والرويانى في البحر صرح بأن البناء والجدار المحيط على الطرق ، وأن بعض أصحابنا قال : يدخل الجدار المحيط قولا واحداً ، وهو ضعيف عندي ، وجزم القاضي أبو الطيب بدخول البناء في بيع البستان مع ذكر الخلاف في دخول النخلة والشجرة في بيع الدار ، وذلك يشهد لما قلته الآن من الفرق وتقوية الجزم بالدخول في البستان ، وهو الذي يقتضيه العرف لاسيما في بلادنا هذه ، انتهى الغالب على بساتينها أن تتخذ عليها الحوائط والأغلاق لشبه المساكن .

قال الامام : والبناء عندي بالاضافة الى البستان كالشجرة بالاضافة الى الدار ، فقد تلخص في دخول الأبنية في البستان طرق :
(احداها) أن الجدار المحيط يدخل جزماً ، وفيما عداه الطرق ، وهو ما أورده الرافعي وضعفه الرويانى .

(والثانية) اجراء الخلاف في الجميع ، وهي قضية اطلاق الأكثرين .

(والثالثة) الجزم بدخول الجميع ، وهو مقتضى كلام القاضى أبى الطيب ، وهي التى اقتضى كلامى أولا الميل اليها ، وليس لنا طريقة جازمة بعدم دخول الأبنية هنا مع التردد في دخولها تحت اسم الأرض ، وهذا ما لا يمكن ، ولك أن تأخذ من هذه الطرق ثلاثة أوجه في دخول الأبنية تحت اسم البستان والباحة والكرم (ثالثها) يدخل المحيط دون ما اذا لم يكن على هيئة الجدار الموضوع للحفظ والاحاطة ، وكذلك فعل ابن الرفعة .

قال الرافعى : وذكروا أن لفظ الكرم كلفظ البستان ، لكن العادة في نواحينا اخراج الحائط عن مسمى الكرم ، وادخله في مسمى البستان ولكن لا يبعد أن يكون الحكم على ما استمر الاصطلاح به ، وذكر ابن الرفعة أن هذا كالعام . وأنه ان صح يكون وجهها رابعا يعنى في محيط الكرم والبستان والشجرة العتيقة ، ولو كانت الشجرة حادثة لم تدخل في بيع البستان ، قاله ابن الرفعة أخذا مما سيأتى ، وفي العريش وهو المسمى في بلادنا بالكرم في وجوب اللزوم تردد للشيخ أبى محمد (١) . رجح الامام والغزالي دخوله ، وجعل في الوسيط محل التردد في دخوله تحت اسم الكرم ، والامام نقله في لفظ البستان والباحة ، وفي كلامه ما يدل على جريانه في الكرم أيضا .

وفي كلام الامام ما يقتضى أن ذلك في العريش الذى ينقل ، فانه قال : والوجه عندنا القطع بدخولها تنزيلا على المفهوم من اسم الكرم أو البستان في مطلق العرف فانه ينظم مع الكرم عريشة ، وان كان محله . قال ابن الرفعة : لكن هذه العبارة تفهم أن محل ذلك اذا كان العريش ينقل (أما) اذا كانت تراد للدوام [كما هو جار] في بلادنا فلا يأتى فيها التردد قال الرافعى : ولو قال : هذه الدار بستان ، دخلت الأبنية والأشجار جميعا ، ولو قال : هذا الحائط بستان أو هذه المحوطة دخل الحائط المحيط وما فيه من الأشجار . وفي البناء الذى في وسطه الخلاف السابق ، هكذا ذكره في التهذيب ، وهكذا قال

(١) هنا في ش بياضات وفي ق كذلك وقد عولجت بالرجوع الى اصول اربابها فجات مستقيمة هكذا ، والله المستعان (ط) .

الرويانى فيما اذا قال : حائط بستان ، وفى لفظهما قلق ، والمراد أن يقول : بعثك هذا الحائط البستان هذه [هى] العبارة المستقيمة .

قال الرافعى : ولا يتضح فى لفظ المحوطة فرق بين الأبنية والأشجار فليدخل أو ليكونا على الخلاف قال ابن الرفعة : هذا الذى ذكره الرافعى صحيح ان كانت الحوطة بغير ميم أما اذا كانت فى كلامهم بالميم فالإشارة تكون للميم وهو البستان ، فكأنه نطق به وعند نطقه تدخل الأرض والأشجار والبناء المحيط وفى دخول ما فيه من البناء الخلاف عنده ، فلذلك ألحق هذه اللفظة بالبستان .

(قلت :) وهذه اللفظة فيما وقفت عليه من نسخ المذهب والرافعى والروضة — بالميم وإخراج البناء عنها بعيد . وإن أخرج فيما إذا نطق باسم البستان فان الإشارة الى الجميع وتخصيصها — بالميم — دون غيره لم يقتضه دليل وهى داخلة فى مدلول اللفظ قطعا ، بخلاف البستان عند من يجعلها خارجة منه . لأن اسم البستان صادق بدونها ، نعم قول الرافعى فليدخل أو ليكونا على الخلاف لا وجه للتردد فى ذلك بل يتعين الجزم بدخولها (وأما) لفظ الحوطة بغير — ميم — فلم أره فى كتاب غير كلام ابن الرفعة . ولا أعلم معناه ، فان كان موضوعا للبستان فيتجه كلام صاحب التهذيب ولا يستقيم كلام الرافعى وإن كان موضوعا للحائط الدائر على البستان فيتجه أن لا يدخل البناء ولا الشجر جميعا .

(والأقرب) أن حذف — الميم — تصحيف وأن اللفظ بالميم كما هو فى الكتب . وأن الحكم فيها مخالف للحكم فى لفظ البستان . والحائط بمعناه وأنه لا يتجه فرق فيها بين البناء والشجر . كما قاله الرافعى . لكنه لا ينبغى التردد فى ذلك كما تردد بل ينبغى دخول البناء والشجر لوجود الإشارة الى الجميع وعدم ما يقتضى إخراج شئ من ذلك ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال ابن الرفعة : وفى بعض الشروح أنه لو قال : بعثك هذا المحوط دخل فيه الحيطان والأرض وإن كان فيه غراس فعلى ما تقدم من الخلاف (قلت) وهذا عكس ما قاله صاحب التهذيب . وخلاف

ما قاله الرافعي أيضا ويعيد من جهة المعنى لا وجه له ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فرع) قول الغزالي في الوجيز : ان الأظهر عدم الدخول يعني به الأظهر من الطرق ، فانه في الوسيط صرح بأن الخلاف فيه كما في اسم الأرض (وأصح) الطرق عنده في اسم الأرض عدم الدخول كما تقدم فعلم أن مراده هنا الأظهر من الطرق ، والعجلى قال : ان معناه الأظهر من الوجهين وحمله على ذلك تسوية الامام بين البناء بالفسبة الى البستان ، والشجر بالنسبة الى الدار والذي حكاه الامام والغزالي في استتباع الدار للشجر ثلاثة أوجه ، وأفهم كلام الامام فيها أن التفريع على أن اسم الأرض لا يتناول البناء والشجر أى ان قلنا : البناء والشجر داخلان في الأرض فهنا أولى (وان قلنا :) لا يدخل فهنا ثلاثة أوجه ويكون قول الغزالي « الأظهر » (١) أى من هذه الأوجه ولا شك أن ما قاله الامام نفيه .

ولكن الغزالي صرح في الوسيط بأن الخلاف فيه كالخلاف في الأرض فينبغي أن يحمل كلامه في الوجيز على ذلك ويكون الأظهر من الطرق فانه ليس في كلامه التسوية بين الدار والبستان كما في كلام الامام وان كانت التسوية متجهة — وقد تقدم في استتباع الدار الأشجار بحث — ويمكن أن يعود مثله هنا في هذه الأوجه وتكون مفرعة على أقول باتباع الاسم كما ذكره الامام هناك وان لم يصرح به هنا لكن تسويته بين المسألتين يقتضيه ، ولو كان في البستان ماء فهل يدخل في العقد ؟ فيه وجهان حكاهما القاضي حسين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع نخلا وعليها طلع غير مؤبر دخل في بيع النخل ، وان كان مؤبرا لم يدخل ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع

(١) من اصطلاح متأخرى الاصحاب ان الأظهر الراجع من الأقوال والأصح هو الراجع من الأوجه ، وكان المتقدمون يتساهلون في إطلاقها فتخل الأظهر أحيانا محل الأصح والعكس والراجع من الطرق هو (المذهب) (ط) .

الا أن يشترطها المبتاع « فجملها للبائع بشرط أن تكون مؤبرة ، فدل على أنها اذا لم تكن مؤبرة فهي للمبتاع ، ولأن ثمرة النخل كالحمل ، لأنه نماء كامن لظهوره غاية كالحمل ، ثم الحمل الكامن يتبع الأصل في البيع ، والحمل الظاهر لا يتبع ، فكذاك الثمرة . قال الشافعي رحمه الله : وما شقق في معنى ما أبر لأنه نماء ظاهر فهو كالمؤبر » .

(الشرح) حديث ابن عمر رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم رحمهما الله ، ولفظهما : « من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتاع » وفي لفظ لمسلم : « من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر » وفي لفظ آخر له : « أيما نخل اشترى أصولها وقد أبرت فان ثمرتها للذى أبرها الا أن يشترط الذى اشترها » وفي لفظ له أيضا « أيما امرئ أبر نخلا ثم باع أصلها فللذى أبر ثمر النخل الا أن يشترط المبتاع » ورواه الشافعي رضى الله عنه عن ابن عيينة عن الزهري عن سالم عن أبيه ، وهذا من أصح الأسانيد وأحسنها ، كله أئمة علماء ، ولفظه كلفظ المصنف لكنه قال : أن يشترط المبتاع بغير هاء ، وكذلك في بقية الحديث من طريق سالم ، ومن باع عبدا وله مال فالمال للبائع الا أن يشترط المبتاع ، وجماعة الحفاظ يقولون هكذا بغير هاء في الموضعين . هكذا قال ابن عبد البر ، ونبه على أن المعنى الا أن يشترط المبتاع سائر ذلك ، فيدل على صحة اشتراط نصف الثمر أو جزء منها وكذلك في مال العبد ، وهو قول جمهور الفقهاء ، وسأتعرض لهذا في فرع آخر الكلام ان شاء الله تعالى ، والغرض التنبيه على اسقاط الهاء من لفظ الحديث ، ولم أقف عليها في شيء من طرق الحديث ، وقول المصنف : نماء احتراز من الكنز والحجارة المدفونة والبذور .

(وقوله) كامن احتراز من الزرع ، لأنه ظاهر من غير المؤبر كذلك ، وأن التين والعنب ونحوه (وقوله :) لظهوره غاية ، احتراز من الجوز واللوز والرمان والرانج ، لأنه لا غاية لخروجه من قشره . وانما يظهر بكسره ، فالرمان والموز للبائع قولاً واحداً ، والجوز واللوز والرانج له على الصحيح المنصوص ، فالثمرة المقصودة من دون الأشياء لا تظهر الا عند الأكل ، فهذا في معنى قولنا ليس لظهوره غاية ، وقد ورد في بعض الروايات : من باع ، وفي بعضها : من اشترى ، وكلها صحيح

سندا ومعنى • قال ابن عبد البر : لا يختلف أهل العلم بالحديث في صحة هذا الحديث وهو عند جميعهم ثابت صحيح •

(وقوله :) أبرت يجوز تشديده وتخفيفه ، يقال أبر النخل مخففا يأبرها أبراً ، والتأبير هو التلقيح وهو أن ينتظر النخلة حتى اذا انشق طلوعها وظهر ما في بطنه وضع فيه شيء من طلع الفحال ، وقال بعضهم : هو أن تشقق ويؤخذ شيء من طلع الذكر فيدخل بين ظهرائي طلع الاناث فيكون ذلك باذن الله تعالى صلاحا لها ، وهذه (هي) العبارة المحررة وقد يؤخذ سعف الفحال فيضرب في ناحية من نواحي البستان عند هبوب الرياح ، فيحمل الريح أجزاء الفحال الى سائر النخل ، فيمنعه التساقط ، وفي عبارة جماعة ما يوهم أن التشقق داخل في معنى التأبير ، وسنبين لك فيما سيأتى أنه ليس الأمر كذلك •

(أما الأحكام) فبيع الشجر ، ان كان بشرط القطع جازا مطلقا ، رطباً ويابساً ، وان كان بشرط القطع فاطلاق الأكثرين يقتضى الجواز أيضاً ، وقال الصيمرى : ان كان كالقفل لم يجز ، لأن أسفله غائب ، وان كان كشجر العصفور وما حفر من التراب جاز لأن الغائب منه غير مقصود ، وأطلق الصيمرى ذلك من غير تفصيل بين الرطب واليابس • وغيره صرح بجواز شرط القطع ويجعل المجهول تبعا ، وان باع بشرط التبقية ، فان كانت الشجرة رطبة وليس الكلام فيما يشترط فيه القطع من الباب ، وان كانت يابسة قال المتولى : ففسد البيع ، وان أطلق فالمشهور الجواز ، وعلى مقتضى قول الصيمرى حيث لا يجوز شرط القطع ينبغى الحكم بالفساد •

اذا عرف ذلك فقال الأصحاب : يندرج في مطلق بيع الشجرة أغصانها لأنها معدودة من أجزاء الشجرة ، فان كان الغصن يابساً والشجرة رطبة فالمشهور لا يدخل ، لأن العادة فيه القطع كما في الثمار قال في التهذيب : ويحتمل أن يدخل كالصوف على ظهر الغنم ، قال ابن الرفعة : أى اذا بيعت وقد استحق الجز ويدخل العرق أيضاً في مطلق بيع الشجرة ، وكذا الأوراق ، وفي ورق التوت ونهوه خلاف

سيأتي تفصيله في كلام المصنف ، وفي أغصان الخلاف (١) التي تقطع أغصانه ويترك ساقه ، فإذا باع شجرته فالأغصان لا تدخل في العقد .

(أما) الخلاف (١) الذي يقطع في كل سنة من وجه الأرض فهو كالقصب ما ظهر منه للبائع ، وفي أصوله الخلاف الذي في أصول البقل قال ذلك القاضي حسين ، وعن الامام أنه قال هنا : انها تدخل أغصانها في البيع بلا خلاف ، وفي كتاب الرهن حكى فيها خلافا وفي كتاب الوقف قال : انها بمنزلة الثمرة فتلخص أن الخلاف نوعان (نوع) يقطع كل سنة من وجه الأرض فهو كالقصب (ونوع) يبقى وتقطع أغصانه ، ففي دخول أغصانه في بيعه خلاف (الأصح) الدخول لأنها جزء منه ، ولا يدخل في بيع الشجرة الكرم الذي عليها ، قاله القاضي حسين في الفتاوى ، ولو كانت الشجرة يابسة ثابتة فعلى المشتري تفريغ الأرض عنها للعادة ، ولا يدخل مفرسها في العقد وجها واحدا قاله القاضي حسين ، وحكمها حكم سائر المنقولات ، ولا يشترط فيه القطع قاله القاضي حسين .

قال في التتمة : فلو شرط ابقائها ففسد البيع كما لو اشترى الثمرة بعد التأبير ، وشرط عدم القطع عند الجذاذ ، ولو باعها بشرط القطع جاز وتدخل العروق في البيع عند شرط القطع ، وإن كانت مجهولة تبعا ، كذا قاله ، وقال الصيمري : لا يجوز بيع النخلة بشرط القلع ، لأن أسفلها غائب ، ولا يدخل عند شرط القطع ، بل تقطع عن وجه الأرض .

وإن كانت الشجرة رطبة فباعها بشرط الابقاء أو بشرط القلع أو بشرط القطع اتبع الشرط ، وفيه عند شرط القلع ما تقدم عن الصيمري ولا يجب تسوية الأرض لأنه شرط القلع ، قاله في الفتاوى ، ولو أطلق جاز الابقاء أيضا للعادة كما لو اشترى بناء استحق ابقاءه ، وليس كالزراع حيث يشترط القطع ، لأن الشجرة تراد للبقاء ، ولا يجوز للبائع أن يقلعها على شرط أن يغرم ما ينقصه القلع ، قاله الامام ، وهو بما لا خلاف فيه ، وكذلك إذا باع بناء مطلقا قاله الامام ، وهل يدخل المغيرس في البيع ؟ فيه وجهان ، وقيل قولان (أحدهما) ويحكي عن أبي حنيفة نعم ، لأنه يستحق منفعته لا إلى غاية ، وذلك لا يكون

(١) بضم الخاء وتشديد اللام .

الا على سبيل الملك ، ولا وجه لتملكه الا دخوله في البيع (وأصحهما) عند الامام والرافعي وغيرهما نعم ، لأن اسم الشجرة لا يتناولها . وقد يستحق غير المالك النفعة لا الى غاية ، كما لو أعار جداره لوضع الجذوع ، وكذا الوجهان في دخول الأس في بيع البناء كما تقدم ، قال الامام : وليس هذا كالخلاف في استتباع الأرض أشجارها ، فان الفرع لا يستتبع الأصل ، ولكنه من جهة استحقاق لا محمل له الا الملك يعني أن ذلك لا يكون اجارة للتأيد ولا عارية لعدم جواز الرجوع ، وان بذل أرش النقص فلم يبق الا جعله مبيعا تبعا ، فعلى الوجه الأول لو انتقلت الشجرة أو قلعها المالك كان له أن يغرس بدلها ، وله أن يبيع المغرس ، وعلى الثاني ليس له ذلك ، وهل يكون ملكه لذلك من باب الاجارة أو الاعارة ؟ قال ابن الرقعة : يخرج فيه من مقتضى كلام الأصحاب وجهان (أحدهما) اجارة كما قيل بمثله في الصلح ، ولا يخرج على الجمع بين بيع واجارة ، لأن هذا يقع ضمنا مع أن الصحيح جواز الجمع ، وهذا الوجه يتخرج من قول جمهور الأصحاب أن البائع لا يتمكن من القلع وغرامة الأرش على ما يفرغ .

وقال بعض الأصحاب فيما حكاه الامام في كتاب الرهن : ان له القلع وغرامة ما ينقصه القلع كما يغرم المستعير في مثل هذه الصورة ، وعلى المعير أن يكون استحقاق على سبيل العارية قال ذلك ابن الرقعة ، قال : وبه يتم ما أبديته تخريجا ، وهل يلزمه تسوية الحفر أو يخرج على الخلاف في العارية ؟ وقال ابن الرقعة : يشبه أن يقال : (أن قلنا :) الإبقاء يستحق كالعارية فكالعارية ، والا فلا يلزمه وجها واحدا ، والخلاف في دخول المغرس والأس في البيع مثله مذكور في الإقرار بهما واقامة البينة كما حكاه الامام في كتاب الصلح ونقله ابن الرقعة عنه .

ولو كانت الأرض غير مملوكة لبائع البناء والغراس فلا يتخيل فيها ملك الأرض فان جهل المشتري الحال وقلنا بدخولها في البيع لو كانت للبائع ، قال ابن الرقعة : فيشبه أن يقال : يثبت الخيار ، كما اذا قلنا : الحمل يقابل بالثمن ، ثم بان أن لا حمل ، ولا يبطل البيع لأن ذلك انما وقع تبعا لا مقصودا ، وهذا اذا كان الإبقاء مستحقا له بطريق ، باجارة أو غيرها .

(أما) إذا كان في أرض معصوبة فحكى الماوردي في كتاب الغصب في صحته وجهين (أحدهما) لا يصح لأن [الاجارة تقتضي] (١) الإبقاء وهو لا يستحقه في هذه الحالة (والثاني) يصح ويثبت الخيار وظاهر كلامه أن ذلك تفريع على أنه لا يملك عند الإطلاق وإنما يستحق الإبقاء وجريان مثل ذلك على قول المالك ، قال ابن الرفعة : والذي تعم به البلوى ولم نقف فيه على نقل أن يبيع البناء والأرض مستأجر معه ، ولم تنتقض مدة اجارته وعلم المشتري منه ذلك فهل نقول يستحق الإبقاء في بقاء مدة اجارته بغير عوض ؟ كما لو كانت الأرض مملوكة له ولم يدخلها في العقد أو يستحق الأجرة كما يستحقها مالك المنفعة عليه بعد فراغ المدة ؟ فيه نظر واحتمال ، قال : والأشبه الثاني ، والعمل عليه في العرف ، ولو كانت الأرض قد أوصى له بمنفعتها دون رقبته وجاز له البناء والغراس فيها ثم باع ذلك فيشبه أن تلحق هذه بما إذا كان مالكا للأرض حتى لا تستحق عليه أجرة ، لا في حال حياته ولا بعد وفاته (إذا قلنا :) لا تبطل الوصية بموته كما هو المذهب (أما) إذا قلنا : تنتهي بموته حتى لا تنتقل المنفعة لوارثه ، كما هو محكى في الابانة والبحر فهو قريب من الاجارة ، والله أعلم •

وهذه الأحكام كلها جارية في جميع الشجر ، لا فرق بين النخل وغيره ، وقد استشكل ابن أبي الدم دخول المغرس في بيع الشجر ، ورأى القول به في غاية البعد من جهة أن الأرض قد تكون كثيرة الشجر ، فتشتبك عروقها في جميع الأرض ، فلا يبقى للأرض بياض على ظاهرها لتقارب الأشجار ، ولا في بطنها لاشتباك العروق ، وإثباتها يفضي الى أن يملك مشتري الغراس بشرائه جميع الأرض أو معظمها ، وأيضا فاما أن يملكه نازلا في طبقات الأرض على مسامطة العروق وفي جهة العلو الى وجه الأرض على مسامطة العروق ، ولا نقول : انه يملك من الأرض ما يستتر العروق ، والبحث بها من الأرض والأول ظاهر البطلان لافضائه الى ملك الأرض بانتشار العروق •

(والثاني) باطل لأنه يؤدي الى منع مالك من بيع أرضه من غير مالك الغراس ، لأن مالك الغراس قد ملك جملة من أجزائها وهي مجهولة

(١) ما بين المعقوفين ليس في شوق •

وبيع المجهول باطل ، فقد أدى الى فساد تفريعه على فاسد ، ويلزم عليه أيضا أنه اذا ملك شجرة صغيرة وملك مغرسها فلا شك في صغر المغرس الآن لصغر الشجرة وقلة عروقه ، فاذا ابتلت الشجرة وسقيت وانتشرت عروقه وامتدت الى مواضع لم تكن ممتدة اليها وقت الشراء ولا بعده بأشهر ، فيؤدى الى أنه لم يكن مالكا لمواضع من الأرض ، وكلما امتد غرق شبرا أو فقرا في جزء من الأرض ملكه ملكا متجددا ، وهذا بدع في الشرع ، لا يصير اليه بجعل ، انتهى ما قاله ابن أبي الدم وهو بحث جيد .

اذا عرفت هذه المقدمة فاذا باع نخلا دخل جريدها وسعفها وخصوصها لا خلاف في ذلك (وأما) الطلع فان كان غير مؤبر دخل ، وان كان مؤبرا لم يدخل للحديث الذي استدل به المصنف ، وهو يدل على الحكم الثانى بمنطوقه ، وعلى الأول بمفهومه . وكلام المصنف يقتضى أنه جعله مفهوم الشرط ، وكذلك فهمه صاحب الانتصار ، ويحتمل أن يكون مفهوم الصفة فانه جعل التأبير صفة للنخل ، وكذلك جعله الغزالي في المستصفى وغيره من الأصوليين من أمثلة مفهوم الصفة ، وكلاهما صحيح .

قال الشيخ أبو حامد الاسفرايينى : لنا من الحديث أدلة ثلاثة (أحدها) دليل الخطاب وهو دليل الشافعى رحمه الله تعالى منه ، وذلك أن الطلع له وصفان مؤبر وغير مؤبر ، فلما جعله النبى صلى الله عليه وسلم اذا كان مؤبرا للبائع دل على أن غير المؤبر للمشتري كما نقوله في سائمة الغنم زكاة .

(والثانى) أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من باع نخلا بعد أن يؤبر فثمرتها للبائع » فجعلها للبائع بالشرط ، وهو أن تكون مؤبرة فعلم أنها اذا كانت غير مؤبرة فليست للبائع لعدم الشرط ، فمن قال : انها للبائع في الحالين فقد خالف من وجهين :

(أحدهما) أن النبى صلى الله عليه وسلم جعلها للبائع اذا أبرت بهذا الشرط ، ولم يجعلها هو له بهذا الشرط .

(الثانى) أنه — أعنى المخالف — جعل غير المؤبرة للبائع مع عدم الشرط .

(الدليل الثالث) من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أما أن يكون ذكر التأبير تنبيها على أن غير المؤبر أولى بأن يكون للبائع ، وأما أن يكون لتعيين أن غير المؤبر لا يكون للبائع ، لا سبيل إلى الأول ، لأن المؤبر بائن ظاهر ، وغير المؤبر كامن مستتر ، وما كان مستترا فهو أولى بالتبعية من الظاهر بدليل الحمل ، فتعين الثاني وهو أن يكون المقصود أن لا يكون للبائع عند عدم التأبير ، وذكر الشيخ أبو حامد عن الشافعي من الاستدلال [ما هو] موجود في الأم فإنه قال : لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا حد (١) قال : « إذا أبر فثمرة للبائع » فقد أخبرنا بأن حكمه إذا لم يؤبر غير حكمه إذا أبر ولا يكون ما فيه إلا للبائع أو للمشتري لا لغيرهما ، ولا موقوفا فمن باع حائطا لم يؤبر فالثمرة للمشتري بغير شرط استدلالا موجودا بالسنة وقال قريبا من ذلك في الاملاء أيضا .

وقال في المختصر : إذا جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الأبار حد الملك للبائع فقد جعل ما قبله حد الملك للمشتري على أن كلام الشافعي في الأم يحتمل أن يكون جعله من مفهوم الشرط ، وكلا المفهومين حجة عندنا على أن كلام الشيخ أبي حامد ومن تبعه يقتضي أنهم لم يريدوا بالوجه الثاني جعله من مفهوم الشرط ، بل أنه يدل عليه باللفظ وبه صرح القاضي أبو الطيب وفيه بعد إلا أن يريدوا أن اللفظ دل على كونه شرطا ، والمخالف يقول : أنه ليس بشرط ، فهذا الذي أرادوه — والله أعلم — راجع ، وهو بهذا التقدير صحيح ، ولم يريدوا أن اللفظ يدل على عدم الحكم عند عدم الشرط ، ويمكن أن ينزل كلام المصنف على ما ذكره وأن ذلك ليس من باب المفهوم .

(وأما) الوجه الثالث الذي ذكره الشيخ أبو حامد فهو راجع إلى المفهوم وهو صالح لأن يستدل به في كل شرط أو صفة ، لكن القائلون بالمفهوم منهم من يجعله بمنزلة الملفوظ به وكأنه استقر في اللغة أنه إذا خص المذكور بالذكر اقتضى هذا قيام قول آخر له يتضمن نفي الحكم عما عداه انتفاء ظاهرا ، ومنهم من يجعل المفهوم مستندا إلى البحث عن طلب فوائد التخصيص ، فالوجه الأول ماث على الطريقة

(١) لعله حدد حيث هي في الأصل (حد) (ط) .

الأولى ، ولذلك نسب الدلالة الى اللفظ وكلام الشافعى الذى حكيتة يشعر بذلك ، لكن الأنبارى فى شرح البرهان نقل عن الشافعى أن اختياره الثانى ، والوجه الثانى مستمر على الطريقة الثانية .

(وأما) الثانى فقد نبهت على مراد الأصحاب به ، وأنه ليس من باب المفهوم ولعل المصنف جعله من مفهوم الشرط لأنه أقوى عند كثير من أصحابنا من مفهوم الصفة ، وقال به جماعة من المنكرين لمفهوم الصفة . واعلم أن هذا الاستدلال يتجه عند من يرى المفهوم حجة وهم الأكثرون ، فقال بمفهوم الصفة الشافعى ومالك وأكثر أصحابنا وأكثر المالكية ونسبه القاضى عبد الوهاب الى مالك ، وممن قال به أبو الحسن الأشعري وأنكره ابن سريج والقفال هنا ، وقال ابن سريج بمفهوم الشرط .

(وأما) الخصم المنكر لكل من المفهومين فلا يمكن الاحتجاج عليه بدفع مخالفه فى الأصل وكذلك بعض أصحابنا ممن أنكر المفهومين معا ، فكيف يمكنه التمسك فى هذا الفرع به . لكن الخصم فى الحاق غير المؤبرة بالمؤبرة يحتاج الى قياس ، ولن يجده ومتى لم يثبت ذلك ولم يقم دليل على تبعية غير المؤبرة وجب كونها للمشتري تبعا للشجرة ، وكذلك قال بذلك من ينكر المفهوم والقياس كداود .

(فان قلت :) بل يجب كونها للبائع عملا بالأصل وبقائها على ملكه .

(قلت :) لا بد فى ادراجها فى البيع من قياس أو عرف عند من ينكر القياس ، واعتضد الأصحاب بما رواه الشافعى رضى الله عنه عن سعيد ابن سالم عن ابن جريج أن عطاء أخبره أن رجلا باع على عهد رسول الله (صلى الله عليه وسلم) حائطا مثمرا ، ولم يشترط المبتاع الثمر ولم يستثن البائع ولم يذكره فلما ثبت البيع اختلفا فى الثمر واحتكما فيه الى النبى (صلى الله عليه وسلم) ففضى بالثمر للذى لقح النخل - البائع - وهذا من مراسيل عطاء ففيه اعتصاد على أنه ليس أصرح من الأول بكثير فان قوله - البائع - دليل على أنه أراد بالذى لقح المعهود لا العموم وحينئذ يعود الى أن ذكر الصفة هل يدل على نفى الحكم عما عداه ؟ هذا بحسب هذه الرواية ، ولم أجد غيرها فيه عموم بحيث أثق بصحته ، وروى ابن ماجه وعبد الله بن أحمد ابن حنبل فى مسنده عن عبادة بن الصامت قال : « قضى رسول الله

صلى الله عليه وسلم يثمر النخل لمن أبرها إلا أن يشترط المبتاع وأن مال المملوك لمن باعه إلا أن يشترط البائع» .

فأما رواية ابن ماجه ففي سندها الفضيل بن سليمان وليس بالقوى ، وقال ابن معين : ليس بثقة ، فالحديث سنده ضعيف من هذا الطريق وذكر القاضي أبو الطيب الحديث الذي ذكره الشافعي رضى الله عنه ولفظه « فجعل الثمر لمن أبرها » وقال : ذكر هذا الحديث أبو اسحاق في الشرح ، وأبو على الطبري في المحرر ، ونقله الشيخ أبو حامد عن الساجي قال : وهذا نص ، وليست في هذه الروايات زيادة على رواية مسلم المتقدمة الا أنه ليس في هذا الاستثناء اشتراط من المبتاع ، فالأولى أن يستدل برواية مسلم ، وتعليق الحكم فيها بالوصف ودلالته على أن ذلك [حق البائع] (١) وقال المسوردي : روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أنشد قول الأعرابي حين حرم عليه بعض ملوك الجاهلية ثمرة نخلة له :

جذدت جنى نخلتى ظالما وكان الثمار لمن قد أبرأ

فقال النبي (صلى الله عليه وسلم) :

« وكان الثمار لمن قد أبرأ » .

وكان ذلك منه اثباتا لهذا الحكم كما أنشد قول الأعشى :

✽ وهو سر غالب لمن غلب ✽

فقال النبي (صلى الله عليه وسلم) : « وهو سر غالب لمن غلب » .

تشبيها لهذا القول . وهذه الوجوه ذكرناها على جهة الاستئناس والاعتضاد لا أنه يقوم بها بمفردها حجة والحجة ما تقدم ، وله تنمة تأتي في فرع مذاهب العلماء ، والله أعلم .

فرع

في مذاهب الطمءاء

وافقنا على دخول الطلع والتفرقة بين ما قبل التأخير وبعده مالك وأحمد والليث بن سعد وداود بن علي والطبري . وقال ابن أبي ليلى :

(١) ما بين المعقوفين ليس في شروق (ط) .

يدخل الطلع في بيع النخل بكل حال وقال أبو حنيفة رضى الله عنه والكوفيون والأوزاعي : لا يدخل بكل حال مؤبراً كان أو غير مؤبر الا بالشرط فأخذ أبو حنيفة رضى الله عنه بالمنطوق دون المفهوم وأخذ الثاقفي رضى الله عنه بالمنطوق والمفهوم مما ولم يأخذ بن أبي ليلى بالمنطوق ولا بالمفهوم واحتج من نصر قوله بأنه متصل بأصل الخلقة فأثبته السقف والأغصان والصوف على ظهر الغنم .

(وأجاب) أصحابنا رحمهم الله بأن هذه الأشياء إنما دخلت لأنها أجزاء وليست بنماء بدليل أن الحيوان يولد وعليه الصوف والنماء ما لا يكون أصلاً .

(وأما) الثمرة فإنها نماء (وردوا) هذا القول بما تقدم من السنة والاستدلال .

(واحتجت) الحنفية ومن وافقهم بأنها ثمرة برزت عن شجرها ، وبأنها يجوز أفرادها بالعقد فلم تتبع الأصل كالمؤبرة ، وبالقياص على طلع الفحال ، وبأنها نماء لها حال إذا انتهت إليه أخذت فلم تتبع الأصل كالزراع في الأرض ، وبأن الزرع لا يتبع الأرض في حالة ظهوره ولا في حالة كونه فكذاك الطلع ، وبأنه لا يختلف قول من شرط التأخير أنها إذا لم تؤبر حتى انتهت وصارت بلحاً أو بسراً ثم بيع النخل أن الثمرة لا تدخل فيه ، قالوا : فعلمنا أن المعنى في ذكر التأخير ظهور الثمرة وبأن الطلع لا يتبع في الرهن فكذاك في البيع كالمؤبرة .

(وأجاب) الأصحاب بعد التمسك بالحديث (عن) الأول بمنع كونها برزت عن الأصل فإنها في غلافها (وعن) الثاني بأنها لا تسلم جواز أفرادها بالعقد على رأى أبى إسحاق المروزي لأن المقصود (مغيب فيما لا يدخر فيه فهو بمنزلة الجوز في القشرة العليا ، ولئن سلمنا فجواز الأفراد لا يدل على عدم التبعية ، ألا ترى أن من باع داراً فيها نخلة دخلت النخلة في البيع تبعاً ويجوز أفرادها بالبيع (وعن) الثالث بأن الصحيح عندنا أن طلع الفحال كطلع الاناث ، ولو سلم فالفرق أن طلع الاناث المقصود منه ما في جوفه ، وطلع الفحال هو المقصود على وجهه (وعن) الرابع بأن الزرع بماء برز عن الأصل بخلاف الثمرة (وعن) الخامس بأن الزرع ليس من أصل

الخلقة فلذلك لم يتبع بخلاف الثمرة فانها مستترة في الشجرة من أصل الخلقة .

(والجواب) عن السادس أنها قيل التشقق غير ظاهرة لأن الثمرة المقصودة مستترة في الكمام ، فحيث ظهرت عن الكمام اما بالتأبير أو بغيره . كانت للبائع فمن جعلها للبائع من غير تأبير ولا ظهور كان مخالفا لفظ الحديث ومعناه (وعن) السابع من وجوه : (أحدها) أن الشافعي رضى الله عنه قال في القديم : يدخل الطلع في الرهن تبعاً للأصل . (والثاني) أن الرهن لا يزيل الملك ، والبائع يزيل الملك .

(والثالث) أن المعنى في المؤبرة أنها أخذت ثبها من الولد المنفصل وثبها من الجنين فتعارضاً ، وبقيت على حكم الأصل وهو ملك البائع ولا كذلك الكامنة .

(نقطة) استدلال الأصحاب وقول المصنف رحمه الله : ولأن ثمرة النخل كالحمل الى آخره هو من كلام القاضي أبي الطيب ، ولذلك الأصحاب قاسوه على الحمل - الشيخ أبو حامد والماوردي وغيرهم ، وتقدمت الاحترازا التي فيه ، لكن الشافعي رضى الله عنه في الأم في هذا الموضع قال : وتخالف الثمرة المؤبرة الجنين في أن لها حصّة من الثمن ، لأنه ظاهر ، وليست للجنين لأنه غير ظاهر ، ولولا ما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك لما كان الثمر مثل الجنين في بطن أمه لأنه يقدر على قطعه والتفريق بينه وبين شجره ، ويكون ذلك مباحاً منه . والجنين لا يقدر على اخراجه حتى يقدر الله تعالى له ولا يباح لأحد اخراجه ، وانما جمعنا بينهما حيث اجتمعا في بعض حكمهما بأن السنة جاءت في الثمر لم يؤبر بمعنى الجنين في الاجماع فجمعنا بينهما خبراً لا قياساً اذ وجدنا حكم السنة في الثمر لم يؤبر كحكم الاجماع في جنين الأمة ، وانما مثلنا فيه تمثيلاً ليفقهه من سمعه من غير أن يكون الخبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يحتاج الى أن يقاس على شيء بل الأشياء تكون تبعاً له .

هذا كلام الشافعي رضى الله عنه ، وهو يقتضى الفرق بين الثمرة والحمل والاعتماد في ذلك على الحديث وحده ، وكما دل الاجماع في

الحمل على الفرق بين ما قبل ظهوره وما بعده ، كذلك دلت السنة في الثمرة على الفرق بين ما قبل التأبير وما بعده ، وكلام الشافعي في هذا الموضوع صريح في أن الحمل لا يقابله قسسط من الثمن على غير الأصح عند الأصحاب ، والأصحاب ذكروا في أن الثمرة هل يقابلها قسسط من الثمن طريقتين (أحدهما) القطع بالمقابلة كما هو نص الشافعي (والثانية) تخريجها على قولين كالحمل وهي ضعيفة لمخالفتها للنص ، ورجحها الرافعي في باب الرد بالعيب ، وقصد الشافعي رضي الله عنه بذلك تشبيهه قبل ظهوره بالثمره غير المؤبرة ، ثم ذكر الفرق بينهما من جهة القدرة على فصل الثمرة عن الشجرة بخلاف الحمل ، والأصحاب قاسوا عليه ولم ينظروا الى هذا الفرق ، وذكروا اعتراضات على القياس وانفصلوا عنها .

(أما) الاعتراضات فان المعنى في الحمل لا يجوز افراده بالعقد فلذلك كان تبعاً ، وليس كذلك الثمرة لأنه يجوز افرادها بالعقد على رأى ابن أبي هريرة وهو الصحيح عند طائفة ، وهذا قريب مما قاله الشافعي رضي الله عنه وليس اياه ، وبأنه لو كان الطلع كالحمل لوجب أن تكون الثمرة للمشتري وان كانت قد ظهرت لأنها متصلة بالأصل . وبأنه لا يجوز للبائع استثناء الحمل لنفسه ويجوز له استثناء الطلع لنفسه ، وانفصلوا عن الأول بأبواب الدار فانه يجوز افرادها بالعقد ومع ذلك تتبع وانما لم يجز العقد على الحمل وجاز على الثمرة لأن الحمل جار مجرى أعضائ الأم ، فلما لم يجز العقد على أعضائها لم يجز على حملها والثمره قبل التأبير تجرى مجرى أغصان الشجرة ، فاما جاز العقد على أغصانها جاز على ثمرها .

(وعن الثاني) بأنها اذا كانت كامنة في الطلع فهي بمنزلة الحمل لا أصل لها غيره ، فاما اذا ظهرت من الطلع فقد أخذت ثبها من الولد المنفصل عن الأم لأنها ظاهرة كالولد وأخذت ثبها من الجنين لأنها متصلة بالأصل كاتصال الجنين بالأم ، وليس أحدهما أولى من الآخر ، فتعارضوا وبقيت الثمرة على ملك البائع كما كانت .

(وعن الثالث) أنه يجوز للبائع استثناء السقف والأغصان ومع ذلك اذا لم يستثن دخلت في البيع .

(فائدة) كلام الشافعي رحمه الله المتقدم كالصريح في افادة

الاجماع على دخول الحمل في بيع الأم ، وقد روي عن محمد بن سيرين وغيره انهم أجازوا بيع الأمة واستثناء ما في بطنها وليس مجرد ذلك مصادما للاجماع المذكور ولكن ابن المغلس الظاهري قال عن أصحابهم : ان تبعية الحمل للأم قول أكثر العلماء وان النظر يوجب أن يكون الحمل للبائع لأنه غيرها وليس كعضو منها الا أن يمنع من ذلك ما يجب التسليم له ، فنسبة ابن المغلس ذلك الى أكثر العلماء يشعر بخلاف إذ أنه رأى ذلك من كلامهم ولم يعلم في المسألة اجماعا ، ومحل الجزم في دخول الحمل اذا كان مطوكا لرب الحيوان بشرط أن يكون البيع قد وجد باختياره .

قال ابن الرفعة : وفي معناه كل تملك جرى بالاختيار من المالك اما بنفسه أو بوكيله وفي معنى ولى المحجور عليه لصغر أو سفه أو فليس ، وهل الاستتباع في هذا الأجل رضا بانتقال الملك في الأم عنه القائم فيه مقامه وكيله أو وليه وكذا عند بيعه عليه قهرا أو لأجل أنه ام ينتقل الملك فيها عنه الا بعوض ؟ فيه معنيان تخرج عليهما مسائل ذكرها الامام في باب الخراج بالضمان .

(منها) لو وهبها حيث لا ثواب وهي حامل لا يتبعها الحمل الجديد كما قال لا ، والقديم أنه يتبعها كما في البيع ، ومثلها جار فيما لو رهن الجارية الحامل لأنه في المسألتين راض بخروج الملك في الأولى وبتعلق الحق في الثانية لكن لا بعوض أجريا أيضا فيما لو رهنها حائلا فحملت .

(ومنها) لو خرجت عن ملكه بعوض لكن لا برضاه ، كما إذا رد عليه عوضها بعيب وكانت قد حملت في يده أو رجس فيها بائعها عند فلسه وهي حامل وقد كانت حائلا عند ابتياعه لها هل يتبعها الحمل ؟ قولان .

(قلت) قضية المسأخذين أن الأب لو رجس في الجارية التي وهبها لابنه وهي حامل ثم حملت أن لا يتبعها الحمل قولاً واحداً لأنه لا عوض ولا رضا مع ذلك فقد حكى الامام في التبعية قولين ، قال الامام : والفرق أن عقود الاجبار بالمعوض تستدعي بعد المبيع عن الغير ، ولو نفذنا البيع ونحوه على الجارية دون الحمل لجر ذلك عسراً

وما يجرى من الارتداد فهذا ليس في حكم العقود ، فجرى الأمر في
التبعية على التردد .

قال ابن الرقعة : وحيث نقول الحمل لا يتبع الأم في الرد بالمعيب
ونحوه ، ظاهر كلامهم أن الرد صحيح لا يمنع منه كما لم يمنع منه
افضاؤه في التفريق بين الأم والولد على رأى ولو كان الحمل حين البيع
مملوكا لغير البائع بوصية أو غيرها فلا يندرج الحمل في البيع ، وهل
يصح البيع ؟ قال ابن الرقعة : يشبه أن يرتب على استثناء الحمل (أن
قلنا) يصح فيها أولى والا فوجهان :

قال القاضى حسين في كتاب أمهات الأولاد قال : إذا كان متزوجا
بأمة فحملت منه وأوصى له بحملها جاز له أن يشتري الجارية على وجه
يعنى لأنه صار جدا قال : ولا خلاف أنه لا يجوز بيعها من غيره ،
ومثل الوجه في بيعها منه إذا لوصى له بحملها مذكور فيما إذا باعها
من مالك الحمل ، والله أعلم .

(قاعدة) العقود التى يملك بها النخل والشم أربعة أضرب
(أحدها) عقد معاوضة على وجه المراضاة كالبيع والصلح والصدق
والخلع والاجارة كما إذا أجر داره مدة بنحلة مطلقه فهذه العقود
تتبعها الثمرة غير المؤبرة ولا تتبعها المؤبرة .

(والضرب الثانى) ما ملك بمعاوضة على غير وجه المراضاة كما
لو باعه نخلا فأطلعت في يد المشتري ثم فلس فرجع البائع في عين
ما له فهل تكون الثمرة التى لم تؤبر تبعا له ؟ فيه وجهان (أحدهما)
عند الرويانى التبعية ، وكما إذا رهن نخلا فأطلعت ، فحل الدين
والطلع لم يؤبر ، فبيع المرهون جبرا من غير رضا الراهن هل يدخل
الطلع في البيع أم لا ؟ فيه وجهان ، وقطع الرويانى هنا بالتبعية لأنه
وجد منه الرضا بهذا البيع عند الرهن ، وقد أطلقوا على هذين القسمين
أنهما من عقود المعاوضات التى على غير وجه المراضاة ، وقد يتوقف
في اطلاق العقد على الرجوع في الفلس ، والأمر في ذلك قريب ، ومن
عد ذلك في عقود المعاوضات أراد به البيع الذى يرتب الرجوع
عليه ، وحكى الجرجانى الوجهين أيضا في بيع نخيل الفلس في
دينه .

(الضرب الثالث) عقد على سبيل المراضاة من غير معاوضة كالهبة والوصية هل تكون الثمرة التي لم تؤبر تبعا له ؟ على وجهين ، ومثل أن يهب نخلا لولده فيطلع فيرجع في هبته هل يتبع الطلع النخل ؟ على وجهين (الصحيح) من المذهب ما قال الماوردي هنا أن الوالد لا يسترجع الثمرة ، وعد هذا القسم أيضا من هذا الضرب اعتبارا بالمعقد المبني عليه كما تقدم ، وعد هذان الوجهان في كل هذه المسائل انتهى في الضربين ، قال الشيخ أبو حامد وغيره : أصلها مسألة واحدة ، وهي إذا رهنه نخلا عليها طلع لم يؤبر ، هل يدخل في الرهن باطلاق المعقد ؟ أم على قولين ؟ قال القاضي أبو الطيب : قال في الجديد : لا يدخل لأن الرهن لا يزيل الملك ، وكان يقول في القديم : يدخل على طريق البيع ، ثم رجع عنه في الجديد .

(الضرب الرابع) ما لم يكن من عقود المعاوضات ولم يكن مأخوذا على وجه المراضاة كالطلاق قبل الدخول إذا استرجع به نصف المهر ، وكان قد أصدقها نخلا لا طلع عليها ، ثم أطلعت وطلقتها قبل التأبير وقبل الدخول ، فهنا لا تتبع الثمرة الشجرة ولا ترجع إلى الزوج قولاً واحداً ، قال الماوردي : لا يختلف المذهب فيه وقال الشيخ أبو حامد : أنه ليس لنا موضع لا يتبع الطلع قبل الأبار الإصل إلا في هذه المسألة يعني قولاً واحداً ، وتعليقه أن الصداق إذا كان زائداً زيادة متصلة غير متميزة كالسمن والكبر والصنعة لا يرجع به وإنما يرجع بنصف قيمته يوم أصدقها فإذا لم يرجع بالزيادة انتهى لا تتميز فلأن لا يرجع بالطلع أولى فإن أراد أن يرجع بنصف النخلة دون الطلع فإن له ذلك ويترك الطلع إلى أوان الجذاذ وجعل الماوردي من هذا القسم الوالد إذا رجع فيما وهبه لولده ولم يكن للوالد استرجاع الثمرة معه على الصحيح من المذهب وفهم عنه الروياني القطع بذلك فقال : وفي الحاوي ، وعلى هذا الوالد لا يسترجع في الهبة من الولد غير المؤبرة قولاً واحداً ، لأنه لا معاوضة ولا تراض .

(فرع) قال صاحب التلخيص فيما شذ عن أصول الكوفيين يعني الحنفية أنه إن رهن أرضاً أو أقر بها دخلت الثمار يعني عندهم وهذا يرد عليهم في كونهم يقولون : لا يدخل في البيع ولا في غيره إلا في هاتين المسألتين .

(فرع) وأما قول المصنف رحمه الله : قال الشافعي رحمه الله : وما تشقق في معنى ما أبر لأنه نماء ظاهر فهو كالْمُؤْبِرَة ، فهو كذلك في الأم والمختصر ، وإن لم يكن بلفظه ، والقياس الجلي ظاهر في ذلك ، لأن الاعتبار بظهور الثمرة ، فلا فرق بين أن تظهر بعلاج أو بغير علاج أو تشقق بالرياح اللواقيح ، وهو أن يكون محول النخل في ناحية الصبا ، فتتهب في وقت الابار ، فإن الابار تتأثر بروائح طلع الفحول ، قال الشيخ أبو حامد : بل ظهورها بنفسها أولى ، قال الشافعي رحمه الله عليه في البويطي : الابار في النخل إذا انشق الخف وبدت الثمرة فهو وقت الابار ، أبر أو لم يؤبر ، قال الماوردي : وقد يكون من أنواع النخل ما يكون ترك تلقيحه أصح للثمرة .

ومن كلام الشافعي والبويطي المذكور يستفاد أن التأبير اسم لوضع طلع الفحال في الاناث بعد تشققها لا لنفس التشقق ولا التشقق ، وهو معنى قول الأصحاب : إن وقت التأبير قائم مقام التأبير ، وإن وضع الكس بعد تشقق الثمرة ليس بشرط في سلامة ذلك للبائع ، والتبعية في المبيع وعدمها منوطة بالتشقق ، لا بوضع طلع الفحال فيها ، فيكون ذكر التأبير غالبا والنخل تارة يتشقق بنفسه فيلقح بعد ذلك ، وتارة يبلغ أو أن التشقق ولم يتشقق بعد ويشقق ويفعل ذلك به ، وقال ابن الرفعة ما معناه : أنا إنما اتبعنا المعنى هنا ، ولم نتبع اللفظ ، ولا أجرينا فيه خلافا ، لأن المعنى قوى بأصل بقاء ملك البائع ، ولا يعارض ذلك بأن تركه التأبير عند امكانه كالأعراض فتجعل تابعة لمقتضى مفهوم الحديث لضعف عموم المفهوم .

وقال ابن عبد البر في التمهيد : لم يختلف العلماء أن الحائط إذا تشقق طلع انثائه فأخر اباره وقد أبر غيره ممن حاله مثل حاله ، أن حكمه حكم ما أبر ، لأنه قد جاء عليه وقت الابار وظهرت ثمرته بعد تنغيصها في الخف ، وما ذكره هؤلاء الأئمة هو المعول عليه وقال ابن حزم الظاهري : أنه لو ظهرت ثمرة النخل بغير ابار لم يحل اشتراطها أصلا وجحد جمودا عجيبا ، فقال : لا يجوز في ثمرة النخل الا الاشتراط فقط . (وأما) البيع فلا ، حتى يصير زهوا فإذا هو صار زهوا (١)

(١) الزهو السر الملون يقال : إذا ظهرت الحمرة والصفرة في النخل فقد ظهر فيه الزهو (الطبعي) .

جاز فيه الاشتراط والبيع مع الأصول ودونها وليس هذا الحكم الا في النخل المأمور خاصة ، ولم يطرده في غير النخل من الشجر ، ولا في النخلة الواحدة والنخلتين ، وهذا جمود عجيب ينكره الفهم ، وعدم طرده اياه في النخلة والنخلتين بناء منه على أن النخل اسم جمع ، ولمخالفه أن يقولوا : انه اسم جنس ، فان العرب لم تلزمه تاء التأنيث قال الله تعالى : « **أعجاز نخل منقمر** » (١) وإذا كان اسم جنس شمل القليل والكثير كتمر وسائر ما مؤنثه بالتاء مما لم تلزمه العرب كالتخم والبهيم بخلاف الرطب ، فانهم قالوا فيه هو الرطب كما لم تلتزم فيه العرب التأنيث يصح أن يكون اسم جنس ، والنخل من هذا القبيل ، والله أعلم .

(**فرع**) دل الحديث على أن الثمرة المؤبرة للبائع الا أن يشترط المبتاع أى كل الثمرة للبائع الا أن يشترط المبتاع كلها أو شيئاً منها ، كالنصف والثلث ، وأى جزء كان معلوما فلا تكون كلها للبائع ، بل على حسب الشرط ، والعموم في الأول مأخوذ من الاضافة من قوله : فثمرتها ، والاطلاق في الثانى مأخوذ من عدم الهاء كما تقدم التنبيه عليه في لفظ الحديث ، وبه يقول جمهور العلماء ، ومنهم أشهب من المالكية ، وقال مالك وابن القاسم : لا يجوز أن يشترط بعضها ، وكذلك قال مالك وداد : وفي مال العبد لا يجوز الا أن يشترطه كله أو يدعه كله .

(**فرع**) هذا الاشتراط هل حكمه حكم البيع أو لا ؟ قد تقدم كلام الشافعى أنه يقابله قسط من الثمن فذلك يدل على أن حكمه حكم البيع عنده ، ومشهور مذهب مالك أن الثمرة اذا اشترطها مشتري الأصل أو اشتراها بيد أنها لا حصة لها من الثمن ، ولو أجيحت كلها كانت من المشتري ، وتمسك ابن حزم في أن هذا الاشتراط ليس ببيع بنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة حتى تزهى ، وحمل هذا على عمومه ، والقائلون بأن الاشتراط بيع يحتاجون الى تخصيص هذا الحديث أو تأويله على بيعها وحدها .

(**فرع**) قال أصحابنا : يحصل تسليم الشجرة مع كون الثمار المؤبرة عليها للبائع ، وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : لا يحصل الا بعد

قطع الثمار ، ومن صرح بهذا الفرع القاضى حسين ، وفرقوا بينها وبين الأرض المشغولة بالزراع على وجه بأن منفعة الشجرة تالفمة .

(فرع) فأما غير المؤبرة فقد علم أنها عند الاطلاق تكون للمشتري ، فلو اشترطها البائع فلا خلاف في الجواز ، وإن اختلفوا في جواز افرادها في البيع ، فإن ذاك بيع حقيقى وهذا استجد فيصح ، قال القاضى أبو الطيب : قال في كتاب الصرف فذلك جائز ، لأن صاحب النخل نزل عليه تسوية الثمرة في نخله حين باعها اياه اذا كان استثنائها على أن يقطعها ، فإن استثنى على أن يقرها فلا خير في البيع لأنه باعه ثمرة لم يبد صلاحها على أن تكون مفردة الى وقت قد تأتى عليها الآفة قبله ، قال القاضى أبو الطيب : وهذا الكلام يقتضى أن من باع نخلا قبل التأبير واستثنى الثمرة لنفسه لم يجز الا بشرط القطع ، وليس يقول بهذا أحد من أصحابنا ، لأنه يجوز أن يشترط مطلقا ، وإنما شرط القطع في بيع الثمرة قبل بدو صلاحها .

(قلت :) قد قلل به بعض الأصحاب تخريجا على أن المشرف على الزوال هل يجعل كالزائل ؟ فإن الثمرة بالبيع قد أشرفت على زوالها عن أنبائع وبالاستثناء كأنها رجعت اليه فأشبهت الداخلة في ملكه ابتداء ، فلذلك شرط شرط قطعها ، والوجهان مشهوران في طريقة المراوزة حكاهما القاضى حسين وغيره ، وجعلوا هذه قاعدة أن ما أشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل ؟ وخرجوا على ذلك مسائل :

(منها) اذا باع دارا واستثنى منفعتها لنفسه سنة هل يصح ؟ كما لو باعها ثم استأجرها أو لا يصح ؟ فيه الوجهان ، فإن قلنا هناك : يصح ، فلهنا يجب القطع في الحال ، وإن قلنا هناك : لا يصح ، فلهنا يصح ، ولكن لا يجب القطع في الحال ، هكذا قال القاضى حسين .

(ومنها) اذا جنى المدبر جناية تستغرق قيمته ، ثم مات السيد ، ولم يخلف غيره ففداه الورثة حكمنا بنفوذ العتق ، وفي الولاة قولان (أن قلنا) المشرف كالزائل العائد فالولاة للورثة ، والا فللمتوفى ، ومنهم من يؤول نص الشافعى على ما اذا باع الشجرة مطلقا ثم اشترى من المشتري الطلع ، فانه يجوز بشرط القطع ، هكذا قال القاضى حسين وغيره ، ومنهم جزم بظاهر النص الماوردى على ما حكى الرويانى عنه ،

لكن أكثر العراقيين جازمون بانكار ذلك ، وأن ما نقل عن كتاب الصرف خطأ في النقل ، لأن حرمة نقل اذا كان اشتراها على أن يقطعها فان اشتراها على أن يقرها فلا خير في البيع ، فوقع الخطأ في النقل فمن قوله : اشترى الى قوله استثنى ، ووافقهم القفال على هذا .

والقاضي حسين أيضا صحح خلاف ظاهر النص ، وحمله تأويله أنه أراد به اذا باع النخل قبل التأبير فكانت الأصول والثمرة للمشتري ثم اشترى البائع الثمرة منه قبل بدو الصلاح لم يجز الشراء الا بشرط القطع ، ولكننا نعود الى الكلام في ذلك عند بيع الثمار .

(وأما) الحديث فليس فيه تعرض لذلك ، نعم قد يقال : اذا كان مقتضاه أن يكون للمشتري فينبغي اذا شرطت للبائع لا يصح كالحمل ، كما لا يصح استثناءه لا يصح هنا ، فما وجه جزم الأصحاب بصحته ؟ ونظروهم بعد ذلك في أنه هل يشترط شرط القطع أم لا ؟ (والجواب) عن هذا أنها ليست كالحمل من كل وجه كما تقدم ، وقد تقدم خلاف في جواز افرادها بالبيع ، فان قلنا به فلا اشكال في جواز استثناءها ، وان قلنا بقول أبي اسحاق المروزي وهو أنه لا يجوز افرادها بالبيع فذلك ، لأن المقصود فيها مغيب ، ولا يلزم من ذلك أن لا يجوز استثناءها ، فانه لا يشترط في المستثنى ما يشترط في البيع . وقال المالكية : ان شرطها البائع لم يجز ، وكان المشتري باعها قبل بدو صلاحها .

(فرع) اذا قلنا بأنه اذا استثنى الثمرة يشترط شرط القطع فاطلق ، قال الامام : دل كلام الأئمة أن الاستثناء باطل والثمرة للمشتري ، قال : وهذا مشكل جدا ، وأن صرف الثمرة اليه مع التصريح باستثناءه محال عندي ، فالوجه عد الاستثناء المطلق شرطا فاسدا مفسدا للعقد في الأشجار ، ويكون كاستثناء الحمل . وهذا الذي ذكره الامام هو الذي جزم به الماوردي ، وأنه يفسد البيع تفريعا على هذا القول ولم يذكر غير ذلك وذكر الماوردي أيضا تفريعا عليه أنه لو استثنى نصف الثمرة فسد العقد لتعذر اشتراط القطع .

(فرع) اذا بقيت الثمار غير المؤبرة للبائع بالاستثناء قال الامام : فان لم يشترط التقييد يعنى بشرط القطع رأينا الإبقاء ، وان شرطنا أوجبنا الوفاء ، ولا خلاف أن الثمار المؤبرة اذا بقيت ولم بيد الصلاح فيها لا يستحق عليه قطعها وان كان يشترط في صحة

بيعها إذا أهردت شرط قطعها (قلت :) لأنها لم تشرف على الزوال ،
فإن العقد المطلق والحالة هذه لا يقتضى دخولها ، بخلاف ما قبل
التأخير ، وكيفما قدر فظاهر المذهب أنه لا يشترط في الاستثناء شرط
القطع ، والله أعلم .

(فرع) قال الماوردي : أنه لو استثنى البائع نصف الثمرة
بطل العقد ، لتعذر اشتراط القطع به ، وهذا منه بناء على أمرين
(أحدهما) وجوب اشتراط القطع (والأصح) خلافه ، وقد تقدم
الكلام فيه قريبا (والثاني) أن امتناع القطع مبنى على منع القسمة :
وسياتى الكلام فيه في بيع نصف الثمرة شائعا قبل بدو الصلاح ،
والله أعلم .

(فرع) قد علمت أن هذه المؤبرة عند الإطلاق للمشتري ، فلو
تلفت في يد البائع قبل القبض ثبت للمشتري الخيار ، أن شاء فسخ
البيع لتلف بعض المبيع قبل القبض ، وأن شاء أجاز في الأصول
بجميع الثمن أو بحصته على القولين في تفريق الصفقة ، وليس كما
إذا قطعت يد العبد ، فإنه أن أجاز يجيز بجميع الثمن قولاً واحداً على
المشهور ، لأن الثمن لا يتقسط على الأطراف ، ويتقسط على الثمرة
كما تقدم من نص الشافعي رضي الله عنه ، ومن صرح بهذه المسألة
القاضي أبو الطيب والمحاملي والرويانى ، وكذلك لو كانت مؤبرة واشترطها
المشتري لنفسه ثم تلفت ، وعن البويطى قول آخر في مسألة العبد
أنه يأخذه بحصته من الثمن ، وعن القاضي أبي حامد أن هذا لا يصح
على مذهب الشافعي رضي الله عنه ، ومن أصحابنا من خرج تلف الثمرة
غير المؤبرة على القولين في أن الحمل هل يقابل بقسط من الثمن ؟
وهو مردود لنص الشافعي رضي الله عنه على خلافه .

(فرع) باع نخلة مطلعة ولم يقل للمشتري : أنها مؤبرة ،
ولم يعلم المشتري بتأخيرها ، ثم علم ، كان الخيار ، قاله الشافعي
رضي الله عنه والأصحاب — القاضي أبو الطيب والرويانى والمتولى —
وعلوه بأن بقاء الثمرة ربما أضر بالشجرة في سنة أخرى ، فإن من
الأشجار ما يحمل سنة ولا يحمل سنة ، أو يقل في سنة ويكثر في سنة ،
وأيضاً فإنه يحتاج إلى الدخول في ملكه ، وربما يتأذى به ، قال

ابن الرفعة : ولا يقدح ذلك في البيع قولاً واحداً ، وإن قدح في الزرع
على وجهه ، لأن هذه المنفعة تافهة بخلاف منفعة الأرض .

(فرع) بيع الطلع في قشره مفرداً مقطوعاً على الأرض ،
أو على النخل بشرط القطع ، فيه وجهان (قال) أبو إسحاق : لا يصح ،
لأن المقصود من الطلع ما في نفسه وهو مستقر بما لا مصلحة له فيه
(وقال) ابن أبي هريرة : يصح ، لأن الجميع مأكول ، والمأكول
إذا استقر بعضه جاز بيعه ، والأول أصح عند المحاملي وصاحب البعدة
والشيخ أبي حامد فيما نقل عنه ، والثاني أصح عند الشيخ أبي حامد
والمأوردي والقاضي الطبري والرويانى والجرجاني ، وقال الامام :
ان معظم الأصحاب ذهبوا اليه ، وان صاحب التكريب حكى فيه قولين ،
وبناهما على بيع الحنطة في سنبلها ، ونقل ابن الصباغ عن أبي حامد
أنه اختار قول أبي إسحاق .

ثم المجوزون لذلك انما يجوزونه بشرط القطع اذا كان على النخل ،
كما دل عليه كلام ابن الصباغ والرويانى وغيرهما ، وهو ظاهر ،
والمسألة المذكورة في الكتاب في باب النهي عن بيع الغرر وشرحها النووي
هناك ولا خلاف أن قوت التأبير لا يكون لوجود التأبير ، قال صاحب
التمتة : كما أن الاعتبار بولادة الجارية لا بوقت الولادة ، وسيأتى
في كلام الامام ما قد يتوهم منه خلاف ذلك ، ونذكر تأويله هناك
ان شاء الله تعالى .

وقال ابن الرفعة : اذا شقق الطلع قبل أن تشققه فهو للمشتري ،
وان شقق في أوانه فهو للبائع ، وان لم يتشقق بنفسه ولا شقق في
أوانه فهل يكون للبائع اقامة لوقت التشقق مقام التشقق أو لا ؟
فيه نظر واحتمال (قلت :) وهذا الاحتمال باطل ، والحكم كما مر
مع الظهور وجوداً أو عدماً .

(فرع) قال الشيخ أبو محمد : اذا أبر الطلع وحكمنا ببقائه
للبيات فحرم الكمam للمشتري ، فانه يترك على النخلة . نقله عنه
في النهاية ، وجزم به في الروضة نقلاً عن البسيط عند الكلام فيما يدخل
تحت اسم الشجرة .

(فرع) باع نخلة لم يخرج طلعمها فانه يخرج طلعمها على ملك
المشتري ، فلو استثناه البائع بطل البيع تاله الخوارزمي في الكافي .

(فرع) لو شرط غير المؤبرة للمشتري قال في التتمة : كان تأكيدا
ولك أن تقول : يصير كشرط الحمل اذا صرح به ، وفيه خلاف ، وسيأتى
نظيره فيما اذا باع الثمرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح ، قالوا فيها :
يصح ، وسيأتى البحث المذكور فيها وهو هنا أقوى لأن المؤبرة
التي لم يبد صلاحها يجوز بيعها بمفردها قولاً واحداً ، ولكن يشترط
فيه شرط القطع ، وغير المؤبرة لنا في بيعها مفردة خلاف ، فمن يقول
بعدم الصحة يوجب إلحاقها بالحمل ، فإذا صرح بدخولها كان كما لو
صرح بدخول الحمل ، وفيه خلاف (والأصح) عند الرافعي بطلانه ،
والله أعلم .

(فرعان) ذكرهما أبو العباس بن سريج ، ونقلهما الشيخ
أبو حامد في تعليقه عنه .

(أحدهما) اشترى نخلة فأثمرت في يد البائع ، فالثمرة للمشتري ،
ولا يكون شيء من الثمن مقابلاً لها ، وهي أمانة في يد البائع فان سلمها
استقر البيع في النخلة ، وخرجت الثمرة من أمانته ، وان تلفت انفسخ
البيع في النخلة ، وعليه رد ثمنها ، ولا شيء عليه لأجل الثمرة ، وان
تلفت الثمرة سلم النخلة وأخذ جميع الثمن ، وان سلمت الثمرة
وتلفت النخلة سقط جميع الثمن عن المشتري ، وأخذ الثمرة ولا شيء
للبائع .

(الثاني) اشترى أرضاً عليها نخيل مؤبرة ، واشترط كل ذلك ،
وكانت قيمة الجميع متساوية فحدثت ثمرة أخرى قبل أن يتسلمها ،
فالثمرة الحادثة في ملك المشتري ، فان أكل البائع الثمرتين جميعاً كان
عاصياً فيهما ، وعليه بدل الثمرة الخارجة ان كان أكلها رطباً فثمنه
وان كان أكلها تمراً فمثله ، وأما الخارجة فالمشتري بالخيار لأجلها ،
فان فسخ البيع رجع بجميع الثمن ، وان أجاز فعلى القولين في جناية
البائع (ان قلنا :) كالآفة السماوية أجاز في الأرض والنخل بحصتهما
من الثمن (وان قلنا :) كالأجنبي أعطاه جميع الثمن ثم غرمه بدل الثمرة ،
والله أعلم .

(فائدة) الغزالي رحمه الله تعالى في المستصفى من المنكرين لهذا

المفهوم ، ولكنه في كتبه الخلافية كالتحضير^(١) بالمع في اثبات ذلك وتقريره . وأن عرف العرب في الاستعمال أفهم أمورا تكاد تزيد فوائدها على موجب الأوضاع ، وأن الاشكال في المسكوت عنه والبقاء على النفي الأصلي فيه انما كان قبل التخصيص ، أما بعد التخصيص ارتفع الاشكال وصار ذلك معلوما بدليل من جهة الشرع ، والسرف في الفرق بين هذه المفهومات وبين مفهوم اللقب حيث لم يكن حجة على المختار أن التخصيص هو الطريق المستعمل عرفا للنفي والاثبات بطريق الإيجاز ، ومعنى التخصيص إيقاع الخصوص بقطع بعض الجملة عن الجملة . والجملة اما أن تتمثل في الذكر بقوله : من باع نخلة فانها تتناول المؤبرة وغير المؤبرة ، فاذا استدرك وقال : بعد أن تؤبر كان ذلك تخصيصا وقطعا عن جملة واما أن تتمثل في الوهم بأن يكون ذكر أحد القسمين مذكرا للآخر المقطوع عنه بالضرورة كقوله : الثيب أحق فانه قطع عن البكر ، اذ الثيابة والبكرة صفتان يتقاطعان على التعاقب ، وضعت كل واحدة منهما لفصل قسم عن قسم ، والغلف أيضا كذلك مع اثبات الثيابة بذكر الثيابة والسوم بالضرورة ، واليوم في قوله « ثم أتموا الصيام الى الليل »^(٢) والتأثير نفى البكرة والغلف والليل والاستتار ، وليس في اثبات البر نفى الزعفران والأدوية والفواكه وغيرها أو لا اتصال بين البر وغيره حتى يكون ذكره قطعاً لذلك الاتصال . نعم قد يدل على التخصيص بقريئة تنضم الى الذكر القاصر ، فأما مجرد الذكر فلا يدل ، والتخصيص دليل بالوضع العرفي ، فلا يخرج عن كونه دليلا الا بقريئة ، فليدرك التفاوت بين الرتبتين . وهذا الذي ذكره الغزالي رحمه الله من نفيس الكلام لمن أنصف من نفسه ، وفهم بذوقه الفرق بين الرتبتين . فيعلم بهذا الكلام السبب في ذلك (وأما) من لم يشهد ذوقه للتفرقة قال : فهو جدير بأن لا يكلم ، ومراده بالعرف عرف المحاورة في كلام العرب لا عرف طارىء بعدهم ، وهذا السر هو الموجب لكوننا لم نقل بمفهوم قوله : « فان خسفت الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به »^(٣) ومفهوم

(١) كذا في شروق وليس في شيء من كتب الغزالي باسم التحضير ولعله صنف واسمه « التحصين » وهو كتاب « تحصين المآخذ » في الخلافات

(المطبعي)

(٢) البقرة : ٢٢٩ .

(٣) البقرة : ١٨٧ .

قوله صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل » .

(وأما) الأول فلأن الخلع لا يتفق الا في حالة الشقاق ، ويستحيل بحكم العادة وقوعه في حالة المصافاة ، وما لا يقع عرفا فليس من غرض الشرع بيانه ، فقد استوعب الشارع كل محل الحاجة ، ولم يقع البعض عن البعض ، وذكره اللخوق ذكره لمحل الحاجة الى البيان ، وهو كل محل الحاجة (وأما) الحديث فلأن المرأة اما أن تفوض أمرها للولي لحياتها أو تستقل لزوال حياتها (أما) المباشرة باذن الولي فلا تقع في العادة فلم يكن من محل البيان في غرضه ، والله أعلم .

(فائدة أخرى) في التأييد ، عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما قال : « أبصر النبي صلى الله عليه وسلم الناس يلقحون النخل فقال : ما للناس ؟ قالوا : يلقحون . فقال : لا لقاح - أو لا أدري اللقاح شيئا ، فقال : فتركوا اللقاح ، فخرج ثمر الناس شيصا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : ما شأنه ؟ قالوا : كنت نهيت عن اللقاح ، فقال : ما أنا بزارع ولا صاحب نخل لقحوا » أورد أبو بكر محمد بن موسى الحازمي هذا الحديث في كتابه الناسخ والمنسوخ لتضمنه النهي عن اللقاح ثم الاذن فيه ، ونقل عن بعضهم أن قوله : « لا لقاح » صيغة تدل على النهي وأن للشارع أن يتحكم في أفعال العباد كيف أراد ، ولهذا قالوا للنبي صلى الله عليه وسلم : كنت نهيت عن اللقاح ولم ينكر عليهم ، ومال الحازمي الى أن ذلك ليس بحكم شرعى ، ولقوله في رواية أخرى : « انما ظننت ظنا فلا تؤاخذونى بالظن ، ولكن اذا حدثتكم عن الله تعالى شيئا فخذوا به ، فاننى لن أكذب على الله » ثم قال الحازمي : وعلى الجملة الحديث يحتمل كلا المذهبين ، ولذلك أبقينا يعنى في الناسخ والمنسوخ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع فحالا وعليه طلع لم يتشقق ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يدخل في بيع الأصل ، لأن جميع الطلع مقصود مأكول ، وهو ظاهر ، فلم يتبع الأصل كالتين (والثاني) أنه يدخل في بيع الأصل وهو الصحيح ، لأنه طلع لم يتشقق ، فدخل في بيع

الأصل كطلع الاناث وما قاله الأول لا يصح لأن المقصود ما فيه وهو الكس الذي يلحق به الاناث وهو غير ظاهر ، فندخل في بيع الأصل كطلع الاناث .

(الشرح) الفحال بضم الفاء وحاء مهملة مشددة ، وآخره لام ذكر النخل ، وقال ابن فارس : الفحال فحال النخل وهو ما كان من ذكوره فحلا لاناثه ، قال ابن قتيبة : وهو فحال النخل ولا يقال : فحل ، ولذلك اعترض معترض على الشافعي رضى الله عنه ، فان الشافعي قال : وان كان فيها فحول ، فقال هذا المعترض : ان هذا خطأ لأنه لا يقال في النخل فحل ، ولا في جمعه فحول ، وانما يقال فحال وجمعه فحاحيل ، وأجاب الأصحاب بأن كل واحد منهما جائز في اللغة ، وقد ورد به الشعر . قال الشاعر :

تأبرى يا خيرة العسل تأبرى من جيد فسيل

إذا ضن أهل النخل بالفحول

والكس بضم الكاف وبالنسبة المعجمة هو ما في بطون طلع الفحال الذي يلحق بها طلع الاناث .

(أما الأحكام) فقال الأصحاب تبعا للشافعي : (إذا كان في النخل فحول فاما أن تفرد الفحول بالبيع واما أن يبيعهما معا فان أفرد الفحول بالبيع فاما أن يكون قد تشقق شيء من طلعهما أولا ، فان تشقق شيء من طلعهما فالثمرة للبائع بلا شبهة) وان لم يكن تشقق شيء من طلعهما (فأحد) الوجهين أنه للمشتري وهو الصحيح وقال المصنف في التنبيه والشيخ أبو حامد في تعليقه : انه المنصوص ، وادعى بعضهم أنه ليس في المسألة نص (ومن أصحابنا) من قال : للبائع ، مستدلا بأن ظهور طلع الفحال بمنزلة تشقق طلع الاناث لأنه ليس له ثمرة غيره بخلاف طلع الاناث فان المقصود ما في جوفه ، فاذا لم يظهر بالتشقق يكون للمشتري وهذا أصح عند الماوردي والجرجاني في التحرير ورد الأصحاب ذلك بأن المقصود من طلع الفحال ليس هو الأكل ، بل الكس الذي يلحق به ، وهو غير ظاهر فهو كالاناث في التشقق سواء .

قال الماوردي : هذان الوجهان مخرجان من اختلاف أصحابنا في

صنع الاناث هل يقاس على الحمل قياس تحقيق ؟ او قياس تعريب ؟
 ما من بعضهم : قياس تحقيق ، فعلى هذا لا يصير طلع الفحال مؤبدا
 لا بالتشقق وما من اخرون بد قياس تعريب اعتبارا بالعرف فعلى هذا
 يصير طلع الفحال مؤبدا اعتبارا بالعرف اهـ .

ولو كان قد تشقق شيء من طلع الاناث وأفرد الذكور بالبيع
 وهي غير مؤبده فميتها وجهان كالوجهين الاتيين فيما اذا افرد ما لم
 يؤبر باببيع قاله الفوراني واما اذا جمع في العقد بين الفحول والاناث
 فان كان قد تشقق شيء من طلع الاناث فطلع الكل للبائع على
 الوجهين اتفاقا (اما) على الصحيح فلأن الكل كطلع الاناث واما على
 الوجه الاخر : فان طلع الاناث تشقق ، وطلع الفحال له بكل حال ،
 وقد جزموا على الصحيح هنا أن طلع الفحول يتبع طلع الاناث ، وكان
 ينبغي أن يأتي فيها وجه بأن طلع الفحال للمشتري ، بناء على أن أحد
 النوعين لا يستتبع الآخر ، كما سنحكيه عن القاضي حسين والامام
 في القسم الآخر لغير المتشقق فيه ، فهو كجنس آخر ، وهذا الكلام
 منه كالصريح بجريان الخلاف .

وقال الجوري : اذا كان فيها فحول فقد اختلف أصحابنا ، فقال
 أبو حفص : انما جعنت الفحول تابعة لأنها للأقل فالنادر يدخل في
 الغالب ، ولأن الغرض من طلع الفحال أكله غالبا ، فاستوى المؤبر
 منه وغيره ، وقال غيره : اذا تشقق شيء من الاناث فباقى الحائط
 وذكره واثاته تبع له ، واذا تشقق شيء من الذكور فسائر ما بقى
 من الذكور والاناث تابع . فهذا الكلام يقتضى أن أبا حفص وهو
 ابن الوكيل هو القائل بأن طلع الفحال للبائع بكل حال ، وأنه علل
 تبعيتها للاناث عند الاجتماع بهذه العلة وبعدة أخرى وهي الندرة ،
 غير أن التعليل بالندرة انما يتم على ما هو المعهود غالبا ، فلو فرض
 كثرة الفحول زالت هذه العلة وإن لم ينتشقق شيء منها أصلا لا من
 طلع الاناث ولا من طلع الفحول ، فعلى الصحيح الكل للمشتري ، وعلى
 الوجه الآخر طلع الاناث للمشتري والفحال للبائع .

وقال القاضي حسين : على هذا الوجه فيه وجهان كما في طلع
 الاناث اذا كان من صنفين وتشقق البعض دون البعض ، وجمع بينهما

في العقد ، وكذلك الامام جعل تبعية الاناث للذكور كاستتباع النوع
النوع ، وكذلك حكى الوجهين ، وقال : ان الاصح أن طلع الاناث لا
يتبع طلع الفحول وان كان طلع الفحول يتبع طلع الاناث ، وقال المتولى :
انه على هذا الوجه يكون الفحول والاناث كالجنسين ، فلا يجعل
الاناث تبعا لها ، وان كان قد تشقق شيء من طلع الفحول فقط فعلى
الصحيح المطلع كله للبائع .

وحكى في الحاوى وجها وصححه أن طلع الاناث لا يتبع طلع
الذكور ، وان كان طلع الذكور يتبع طلع الاناث ، لأن مقصود الثمار
طلع الاناث ، وطلع الذكور يقصد لتلقيحه لا لنفسه ، وهذا الوجه هو
الذى يدل عليه نص الشافعى رضى الله عنه كما سأبينه قريبا ان شاء
الله تعالى ، فعلى هذا يكون حكمه كما سيأتى على الوجه الآخر ،
وعلى الوجه الآخر طلع الفحول للبائع بالظهور وطلع الاناث للمشتري ،
وينبغى أن يأتى فيه وجه أن طلع الاناث أيضا للبائع بناء على أن أحد
النوعين يستتبع الآخر على قياس ما حكاه القاضى حسين ، الا أن
يتصك بما تقدم عن صاحب التتمة أن الذكور مع الاناث على هذا
الوجه كالجنسين وهو بعيد .

واعلم أن عبارة المختصر : وان كان فيها فحول بعد أن تؤبر
الاناث فثمرتها للبائع ، وظاهر هذه العبارة اذا باع الفحول والاناث
جميعا وقد أبرت الاناث فالكل للبائع ، وهى الصورة التى حكينا الاتفاق
فيها على ذلك ، وأبدينا فيها احتمال وجه ، وعبارة الشافعى فى الأم :
(ومن باع أصل فحل نخل أو فحول بعد أن تؤبر اناث النخل فثمرتها
للبيع الا أن يشترطه المبتاع) وهذا يشبه عبارة المختصر الا أن
اطلاق عبارة الأم تصدق على ما اذا باع الأصل وحده بعد تأبير
الاناث وهذا لا يستمر الا على الوجه القائل بأنه اذا أفرد ما لم
يؤبر يجوز اذا كان تأبر شيء من غير نوعه من ذلك الجنس ، ومفهومه
يقضى أنه اذا باع الفحل قبل التأبير يكون طلعه للمشتري ، كما ادعى
المصنف فى التنبيه أنه المنصوص وفى ظاهره اشكال لأنه يشمل ما اذا
تأبر هو قبل أن تتأبر الاناث ، ولا يمكن القول بأن ذلك للمشتري ، فلذلك
عبارة المختصر أبين .

ثم قال الشافعي في الأم : (ومن باع نخلا قبل أن تؤبر اناث النخل فالثمرة للمشتري) وهذا النص يقتضي أن ثمرة الاناث لا تتبع ثمرة الفحول على خلاف ما قدمناه عن الأصحاب أنه اذا تشقق شيء من طلع الفحول يكون الطلع كله للبائع على الصحيح ، ويشهد للاحتمال الذي أبديته فيه ، هذا ان كان قول الشافعي نخلا بالنون والناء المعجمة ، وان كان بالفاء والحاء المهملة فأشذ ، فانه حينئذ يقتضي أن الفحال اذا أفرد بالبيع وقد أبر ولم تؤبر الاناث أن طلعه للمشتري ولا قائل بذلك نعلمه من الأصحاب ، وانما جوزت هذا الاحتمال في لفظ الشافعي لأنه أتى به في مقابلة من باع فصلا بعد أن تؤبر الاناث فقسيمه من باع فحلا قبل أن يؤبر ، وان كان ذلك ليس بلازم — والله سبحانه وتعالى أعلم — ويؤيد ما قلته أن الشافعي قال أيضا في المختصر : ولو تشقق طلع انائه أو شيء منه فهو في معنى ما أبر نخله ، فمفهوم هذا أنه لا يكفي في ذلك بتشقق طلع الذكور .

(فائدة) أطلق المصنف الوجهين في هذا الكتاب ، ولم ينسب شيئا منهما الى النص ، وكذلك فعل القاضي أبو الطيب ، وفي التنبيه قال : وقيل : ان ثمرة الفحال للبائع بكل حال ، وهو خلاف النص ، وكذلك فعل الشيخ أبو حامد ، فهذا أحد المواضع التي يؤخذ منها ما اشتهر على السنة الفقهاء أن التنبيه مأخوذ من طريقة الشيخ أبي حامد ، والمذهب من طريقة القاضي أبي الطيب ، وذلك غير مستمر ، فسيأتي في تقسيم الشجر أنه تبع الشيخ أبا حامد ولم يتبع أبا الطيب ، لكن ذلك في صنعة التصنيف لا في النقل وفي ذلك الموضع يأتي كلام في مخالفته أبا حامد أو موافقته والظاهر عندي أنه لم يلتزم متابعة طريقة واحدة في كتاب منهما ، نعم ان كان ذلك في الأكثر فرما ، ويترك ذلك في بعض الأوقات لما يترجح عنده ، ولم أقف من نص الشافعي في الفحال الا ما حكاه عن الأم والمختصر ، فيحتمل أن يكون الشيخ أبو حامد والمصنف وقفا على نص آخر أصرح منهما ، ويحتمل أنهما أخذا من ذلك ، والله أعلم .

(فرع) قال الماوردي : اذا أخذ طلع الفحال جاز بيعه في قشره ، لأنه من مصلحته ، وكان أبو اسحاق يمنع من بيعه حتى يصير بارزا ، قال : وليس هذا بصحيح ، ونسب الامام الأول الى معظم

أصحابنا ، وذكر عن صاحب التقريب أنه ذكر في ذلك قولين ، وأنه
بناهما على بيع الحنطة في سنبلها ، قال الإمام ، وهذا مقدر حسن .

(فائدة أخرى) ادعى بعضهم أنه ليس في خصوص مسألة
الفحاح نص للشافعي ، وأنه لا يمكن أخذه من إطلاقه أن الأبار حد لملك
البائع ، لأن الأبار عبارة عن إصلاح طلع الأنث بعد تشققه أو ثقبه
بالكش الذي في طلع الفحاح ، فلا أبار في الفحاح ، فلا دخول له في
هذا ، ولا يمكن حمل كلامه في التنبيه في قوله : وهو خلاف النص على
نص الحديث ، لأن الحديث إنما يحمل على التأبير اللغوي ، وهو
أنما يكون للأنث على ما سبق ، وجعل التشقق في معناه حكم شرعي
من الحاق الفقهاء بالنصوص عليه فهو بكلام الشافعي أولى .

(فرع) باع فحالا لا طلع عليه ، ثم أطلع قبل لزوم العقد ، قال
في الاستقصاء : (فإن قلنا :) أنه كطلع الأنث فهو للمشتري (وإن
قلنا :) أنه كالمؤبرة وقلنا : أنه يملك بالعقد أو موقوف فهو أيضا
للمشتري (وإن قلنا :) أنه لا يملك إلا بالعقد وانقضاء الخيار فهو
للبيع لأنه حدث والمبيع على ملكه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن باع حائطا أبر بعضه دون بعض جعل الجميع كالمؤبر ، فيكون
الجميع للبايع ، لأننا لو قلنا : أن ما أبر للبايع وما لم يؤبر للمشتري
أدى إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي فجعل ما لم يؤبر تبعا
للمؤبر ، لأن الباطن يتبع الظاهر ، ولم يجعل ما أبر تابعا لما لم
يؤبر ، لأن الظاهر لا يتبع الباطن ، ولهذا جعلنا أساس الدار تابعا
لظاهرها في تصحيح البيع ، ولم نجعل ظاهرها تابعا للباطن في افساد
البيع (١) .

[وقال أبو علي بن خيران : أن كان نوعا واحدا جعل غير
المؤبر تابعا للمؤبر ، وأن كان نوعين لم يجعل ما لم يؤبر من أحد

(١) ما بين المعقوفين ساقط من ش و ق وهو عن نسختنا المخطوطة ،
وانظر هذا كله كان ساقطا دون أن يحققه المشايخ رحمهم الله في طبعهم
ودون أن يذكر ناشر (ق) للحق فيجمله حيث وضعته الآن وحسبنا الله
ونعم الوكيل .

النوعين تابعا للمؤبر من نوع آخر ، لأن النوع الواحد يتمارب ظهوره والنوعان يختلف ظهورهما والمذهب الأول لما ذكرناه من سوء المشاركة واختلاف الأيدي وذلك يوجد في النوعين كما يوجد في النوع الواحد . وأما إذا كان له حائطان فأبر أحدهما دون الآخر وباعهما فإن المؤبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري ولا يتبع أحدهما الآخر لأن انفراد كل واحد منهما بثمرة حائظ لا يؤدي الى سوء المشاركة واختلاف الأيدي ، فاعتبر كل واحد منهما بنفسه] .

(الشرح) الحائظ وهو البستان من النخل .

(أما الأحكام) ففي هذه الجملة مسألتان (الأولى) إذا باع حائطا أبر بعضه دون بعض جعل الجميع كالمؤبر ، وجعل ما لم يؤبر تابعا لما أبر (أما) إذا كان نوعا واحدا فاتفق عليه الأصحاب تبعا للشافعي رضى الله عنه ، واستدلوا هم وغيرهم لذلك بأن تأبير البعض يحصل للنخل اسم التأبير فيشمله قوله صلى الله عليه وسلم : « من باع نخلا قد أبرت » قال ابن عبد البر : وأصل الأبار أن يكون في شيء منه الأبار ، فيقع عليه اسم أنه قد أبر ، كما لو بدا صلاح شيء منه ، وفيما ذكروه من اطلاق اسم التأبير على الجميع بتأبير بعضها توقف لا يخفى ، لا سيما على ما يقوله أصحابنا أنه يكفي تأبير نخلة واحدة في البستان ، بل طلعة واحدة ويصير الباقي تبعا فدعوى اطلاق التأبير على الجميع حقيقة في غاية البعد .

وقد وقع في كلام ابن حزم ما يقتضى أن لفظ الحديث : وفيها ثمرة قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع ، وهذا لو ثبت كان صريحا في المطلوب ، لكنى لم أجده في شيء من ألفاظ الحديث التي وقفت عليها ، وانما فيها كلها جعل التأبير صفة للنخل المبيعة ، وحقيقة ذلك أن يكون في الجميع ، واللفظ الذى ذكره ابن حزم لم يذكره باسناد بل أتى به في ضمن استدلال ، فلعله لم يثبت فيه ، نعم لا يشترط أن يوجد التأبير في كل طلع النخلة ، بل متى وجد في شيء منها صح أنها أبرت ، فيكون جميع ثمرتها للبائع ، وإن كان بعضها غير مؤبرة استدلالا بالحديث ، ويعضد الأصحاب وغيرهم فيما اتفقوا عليه من الاكتفاء بتأبير البعض أن العادة لم تجر بتأبير جميع النخل ، بل يكتفون بتأبير بعضها .

واستدل أبو اسحاق المروزي لذلك بما ذكره المصنف ، وزاده المصنف بالاستشهاد بأساس الدار ، وهو جواب عن سؤال مقدر أورده الشيخ أبو حامد والماوردي وغيرهما ، وأجابوا عنه وهو أنه هلا جعل ما أبر تابعا لما لم يؤبر في دخوله في البيع ؟ وأجابوا بأنه استقر في الشرع أن الباطن تبع للظاهر ، وليس الظاهر تبعا للباطن ، فان ما بطن من أساس الحائط ورؤوس الأجذاع تبع لما ظهر في جواز البيع ، وأيضا فانه كان يلزم منه مخالفة منطوق الحديث ولك أن تقول على الأول : ان الحكم بتبعية الأساس أمر ضروري لصحة البيع ولا كذلك الثمار ، ألا ترى أنه لو شرط أن تكون المؤبرة للبائع وغير المؤبرة للمشتري ، اتبع شرطه ، فانها لو كانت كلها مؤبرة وشرط بعضها اتبع شرطه وسوء المشاركة موجود فكأنهما رضا به ، وأورداه العقد عليه ، وكل عقد فيه مشاركة فهو مظنة الضرر ومع ذلك يصح كثير من العقود المقتضية للمشاركة ، واستدلوا أيضا بأن بدو الصلاح في بعضها بمنزلة بدو الصلاح في جميعها ، فكذاك التأبير ، ولك أن تجيب بأن المعنى في الأصل أن الثمرة متى تركت حتى يوجد الصلاح في جميعها أدى الى أن لا يصح بيعها بحال فانه الى أن يتكامل فيها يتساقط الأول فيؤدي الى فساد الثمرة وتأذى مالكاها وليس هذا المعنى موجودا هنا ، والله أعلم ، وفي كلام الشافعي في الأم اشارة الى الدليلين اللذين استدل بهما الأصحاب .

(وأما) اذا كان الحائط أنواعا فالذهب أيضا أن ما لم يؤبر تابع لما أبر ، فان الشافعي قال : اذا بيعت رقبة الحائط وقد أبر شئ من نخله فثمرة النخل تلك في عامه ذلك للبائع ، ولو كان منه ما لم يؤبر ، ولم يطلع ، لأن حكم ثمرة ذلك النخل في عامه ذلك حكم واحد ، كما يكون اذا بدا صلاحه ولم يؤبر ، قال صاحب التتمة : ويخالف الجارية الحامل بولدين ، وضعت أحدهما ثم باعها قبل وضع الآخر ، لا يجعل تبعا للمولود على ظاهر المذهب ، لأن الولد بعد الانفصال ليس له نعلق بالأم فيفرد كل واحد بحكمه والطلع بعد التأبير متصل بالشجرة ، هذا الفرق ذكره صاحب التتمة في النخلة الواحدة يكون بعض طلعا مؤبرا وبعضها غير مؤبر ، فأما اذا كان بعض النخل مؤبرا وبعضها غير مؤبر ففرق بينه وبين الأغنام يبيعها وقد نتج بعضها يبقى نتاجها

للبيائع والتي لم تنتج يدخل حكمها في العقد لأن نتاج الأغنام لا
يتفق في وقت واحد بخلاف النوع الواحد من النخيل .

وقال أبو علي ابن خيران : لا يكون تأبيرا الا في نوعه ، لأن
الأنواع يختلف ادراكها وتتفاوت ، والنوع الواحد لا يتفاوت ، ورد
الأصحاب عليه بما ذكره المصنف ومن وافق الأصحاب على ذلك
أبو علي ابن أبي هريرة لكنه شرط في ذلك أن يكون أطلع حتى يكون
في حكم المؤبر وإن اختلف النوع (أما) ما ظهر من الطلع بعد البيع ،
فقال بأنه للمشتري لأنه ظهر في ملكه وغلطوه في ذلك بالنص الذي
قدمته عن الشافعي آنفا ، وحكمه بأن ثمة ذلك العام للبيائع ، ولو
كان فيه ما لم يؤبر ولم يطلع ، وهذا نص صريح .

وقول ابن أبي هريرة هذا صححه الماوردي ، وسيأتي في كلام
المصنف ، وإنما ذكرته هنا لتعلقه به ، فإنه ينتظم به فيما إذا باع
نخلا وفيه ثمرة مؤبرة ثلاثة أوجه (أحدها) وهو المذهب أن ثمة
جميع ذلك العام للبيائع (والثاني) قول ابن خيران ليس للبيائع الا
المؤبر (والثالث) قول ابن أبي هريرة : أن للبيائع المؤبر والمطلعة غير
المؤبرة عند البيع وللمشتري ما أطلع بعد البيع ، والله أعلم ، ولم
يقل أحد من الأصحاب بافرااد المؤبر بحكمه ، ومذهب مالك رحمه الله
أنه إذا أبر أكثر الحائط فهو للبيائع حتى يشترطه المبتاع ، وإن كان
المؤبر أقله فكله للمبتاع ، واضطربوا إذا أبر نصفه ، قال ابن عبد البر :
والأظهر من المذهب أنه للمبتاع الا أن يكون النصف مفردا فيكون
للبيائع .

(فرع) هذا كله فيما إذا باع الجميع ، أما إذا أفسرد غير
المؤبر بالبيع فسيأتي ذلك في كلام المصنف رحمه الله تعالى أن شاء الله
تعالى (المسألة الثانية) إذا كان له حائطان فأبر أحدهما دون الآخر
وباعهما فإن المؤبر للبيائع ، وما لم يؤبر للمشتري ، ولا يتبع أحدهما
الآخر لما ذكره المصنف ، هذا هو الصحيح المشهور الذي جزم به
القاضي أبو الطيب والماوردي والرويانى كما فرقنا في الشفعة بين
ما قسم وبين ما لم يقسم ، وقاسه الشيخ أبو حامد أيضا على
بدو الصلاح ، فإن بدو الصلاح في أحد الحائطين لا يستتبع

الآخر ، وفيه وجه آخر أن أحد البستانين يتبع الآخر ، وجعل
الرافعى الخلاف فى البستانين مرتبا على البستان الواحد فحيث قلنا
فى البستان الواحد ان كل واحد من المؤبر وغير المؤبر يفرد بحكمه
فهنا أولى .

وحيث قلنا بأن غير المؤبر يتبع فهنا وجهان (أصحابهما) ان كان
بستان يفرد حكمه ، والفرق أن لاختلاف البقاع تأثيرا فى وقت التأثير
فاقتضى كلام الرافعى رحمه الله جريان الخلاف فى البستانين فى صور
(احداها) عند اتحاد النوع والصفة (والثانية) عند اختلاف النوع
على المذهب (والثالثة) عند تعدد الصفة اذا أفرد البستان الذى
لم يؤبر بالبيع ، فانه يكون كما لو أفرد غير المؤبر فى البستان الواحد ،
ولنا فيه خلاف سيأتى ، الأصح أنه لا يتبع فعلى الوجه الآخر مقتضى
كلام الشافعى (١) أن يأتى فى البستانين خلاف اذا أفرد غير المؤبر بالبيع ،
وكلام المصنف يقتضى على الصورتين الأوليين ما اقتضاه كلام الرافعى
من جريان خلاف عند اتحاد النوع والصفة موجود لغيره ، فان القاضى
حسين حكى عنه فى ذلك وجهين .

وأما عند اختلاف النوع فغريب ، وقد جزم صاحب التتمة فيه
بعدم التبعية ، وجعل محل الوجهان فيما اذا كان الصنف واحدا ،
فأما اذا أفرد البستان الذى لم يؤبر بالبيع فأغرب لم أره لغير الرافعى ،
لكنه يشبه ما ذكره الأصحاب فى بدو الصلاح والفرق واضح من
جهة أن المطلوب بدو الصلاح أمنها من العاهة ، وقد يقال : انه حاصل
بدخول وقته وان لم تشمله صفة ، والمطلوب تأثير أن يكون المبيع أو
بعضه بارزا وهو مفقود هنا قال الرافعى وغيره : ولا فرق بين أن
يكون البستانان متلاصقين أو متباعدين .

قال ابن الرفعة : يشترط أن يكونا فى إقليم واحد بل فى مكان طبعه
واحد وما ذكره صحيح مأخوذ من كلام الشافعى رضى الله عنه ، وعليه
يحمل كلام الرافعى وغيره ، ثم اعلم أن المراد بالحائطين ما يكون

(١) فى الأصل الرافعى بدل الشافعى ولما كان القاضى حسين سابقا
فى عصره على الرافعى فيكون الوجهان اللذان حكاهما القاضى هما قولان
للشافعى (ط) .

أحدهما مثمرا غير الآخر ولا يشترط أن يكون محوطا ، فإن صاحب البيان ذكر المسألة فيما إذا كان له حائطان فيهما نخيل أو قطعتان من الأرض فيهما نخيل ، لكن ينبغي أن يضبط ذلك بضابط ، فإن قطعتي الأرض المتجاورتين كالأرض الواحدة التي لها جانبان ، وجعل التأبير في أحد الجانبين دون الآخر ، ثم باع الجميع فإن ما لم يؤبر تابع لما أبر ، فإذا كان الأرضان غير متجاورتين كانا كذلك ، فينبغي أن يضبط ذلك بأن يكون بينهما نوع من التمييز حتى يعدا في العرف مكانين ، ولا يعدان مكانا واحدا ، وأسباب ذلك إما حاجز بينهما ، وإما غير ذلك مما هو معلوم في العرف فإن من الأراضي ما هي قطعة متجاورة ويحكم أهل العرف بأنها أراض لا أرض واحدة لنوع من التمييز بينهما .

(وأما) القطعة الواحدة إذا أبر جانبها منها دون جانب ثم باع الجميع حصلت التيمية ، لأن صاحب الحاوي قال (١) : وقال الشيخ أبو حامد : انه لا يشترط الحاجز ، وإنما يعتبر أن يصدق عليهما اسم الانفراد وهو إشارة الى ما قلناه .

(فرع) هذا الحكم المذكور من أول الفصل الى هنا أن المؤبر لا يتبع النخلة البيعة ، وغير المؤبر يتبع ، لا فرق فيه بين أن يكون المبيع النخيل دون البستان أو معه ، وهذا — وإن كان من الواضحات — فإن صاحب العدة صرح به ، فذكرته تبعا له ورغبة في الايضاح ، والله سبحانه أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن كان له حائط أطلع بعضه دون بعض فأبر المطلع ثم باع الحائط ، ثم أطلع الباقي ، ففيه وجهان ، قال أبو علي ابن أبي هريرة : ما أطلع في ملك المشتري لا يتبع المؤبر ، بل يكون للمشتري ، لأنه حادث في ملكه فلا يصير للبائع (والثاني) أنه يتبع المؤبر ، فيكون

(١) بياض بالأصل ولعل الماوردي منقول قوله هو قول الشيخ أبي حامد لأنه رحمه الله توفي سنة ٤٥٠ هـ حيث توفي الشيخ أبو حامد ٤٠٦ هـ ببغداد ، والله أعلم بالصواب .

للبياع ، لأنه من ثمرة عامة ، فجعل تابعا له كالطلع الظاهر في حال العقد فان أبر بعض الحائط دون بعض ثم أفسد الذي لم يؤبر بالبيع ففي طلع وجهان (أحدهما) أنه للبياع ، لانا جعلناه في الحكم كالمؤبر بدليل أنه لو باع الجميع كان للبياع ، فصار كما لو أفسد بعض المؤبر بالبيع (والثاني) أنه للمشتري ، لأنه إنما جعل كالمؤبر إذا بيع معه ، فيصير تابعا له ، فاما إذا أفسده فليس بتابع للمؤبر فتبع أصله) .

(الشرح) فيه مسألتان :

(المسألة الأولى) إذا باع جميع نخل البستان ، وقد أبر بعضها وبعضها لم يطلع بعد ، فأطلع بعد البيع في ملك المشتري فلا اشكال في أن المؤبر للبياع وأن ما كان وقت العقد مطلقا غير مؤبر تابع له ، فيكون للبياع أيضا (أما) ما أطلع بعد ذلك ، فان كان من طلع العام المستقبل فهو للمشتري ، وليس محل الوجهين ، نبه عليه المساوردي ، وهو ظاهر من كلام المصنف وان كان من طلع ذلك العام ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول ابن أبي هريرة ، وادعى المساوردي أنه الأصح ، وتبعه ابن أبي عسرون أن ما أطلع في ملك المشتري لا يتبع المؤبر ، بل يكون للمشتري كحدوثه في ملكه ، وقد صحح ابن الصباغ أيضا هذا الوجه عند الكلام في اختلاط ثمرة النخل البيعة بثمره البائع . (والثاني) وهو قول أبي حامد الاسفراييني وقال : أنه المذهب انه يتبع فيكون للبياع خوفا من سوء المشاركة كما أنا جعلنا ما لم يؤبر تبعا لما أبر خوفا من سوء المشاركة ، ووافق أبا حامد على تصحيح هذا الوجه جماعة منهم الرافعي ، وفرق المساوردي منتصرا لقول ابن أبي هريرة بأن ما لم يؤبر يصح العقد عليه ، ويلزم فيه بالشرط ، فجاز أن يصير تبعا لما قد استثناه العقد ، قال : ولو كان التعليل المذكور صحيحا كان بيع ما لم يخلق تبعا لما خلق ، كما يجوز بيع ما لم يبد صلاحه تبعا لما بدا صلاحه ، قال : وفيما ذكرنا من ذلك دليل على وهاء قوله ، وفساد تعليله ، يعني أبا حامد .

(قلت :) وقد تقدم أن قول ابن أبي هريرة الذي انتصر له المساوردي مخالف لنص الشافعي الصريح ويمكن التمسك للنص بظاهر

الحديث ، فإنه حكم بأن ثمرة النخل المؤبرة للبائع ، وثمرتها تشمل ما كان مطعماً حين العقد ، وما لم يكن خرجنا عنه في ثمرة العام المستقبل بدليل ، فينبغي فيما عداه على ظاهر العموم ، إلا أن يقال : أن قوله فثمرتها لا يشمل إلا الثمرة الموجودة ، وهي المطعمة ، وليس ببعيد ، لكن سوء المشاركة حاصل ، والحاجة داعية الى ذلك ، وما ألزم به الماوردي من بيع ما لم يخلق تباع لما خلق ، فانما يلزم لو كان كل ما يشترط في البيع يشترط في الاستثناء .

(وقوله) ان ما لم يؤبر يصح العقد عليه فرعه على رأيه ، ورأى غيره - وقد تقدم عن أبي اسحاق - أنه لا يصح بيعه وهو الأصح عند المحاملي وغيره ، فعلى هذا لا يصح الفرق المذكور ، وفي التتمة ذكر نظير لهذه المسألة استنبط هذا الوجه منها ، وهي جارية المكاتب اذا أنتت بولدين أحدهما قبل الكتابة والآخر بعدها ، قال : نص أن الولدين للسيد ، فاستنبط منها هذا الوجه ، ووجه في الجارية اذا كانت حبلى بولدين فوضعت أحدهما ثم باعها ، فالولد الذي في البطن يبقى للبائع على ظاهر النص على ما قاله الامام ، ورأى أن الصواب خلافه وأن الولد الثاني للمشتري ، وعن الخضرى أنه كان يحكى في ذلك قولين (أحدهما) ما نسب الى النص (والثاني) ما رأى الامام أنه الصواب .

قال ابن الرفعة : ولو كان الخارج بعض الولد ولم ينفصل كله إلا بعد البيع ، فستعرف في باب الجنائيات وغيره ، أن المرجح في المذهب أن حكمه حكم ما لم ينفصل منه شيء ، وفيه وجه أن حكمه حكم المنفصل ، فعلى هذا يكون للبائع ، وعلى الأول ينبغي أن يقطع في هذه الحالة بمقابلته بجزء من الثمن ، لأنه قد علم وجوده ، ثم قال الامام في الحالة الأولى : ثم اذا حكمنا بأن الحمل للبائع فيجب أن يحكم بفساد البيع في الأم على ظاهر المذهب .

قال ابن الرفعة : أو يصح على ظاهر المذهب لأن هذا شبيه ببيع الجارية الحامل بحر ، من حيث أن البائع لم يستثنه ، وانما الشرع استثناه ، وقد اختلف قوله يعنى الامام في أن المرجح فيه الصحة أو البطلان (قلت :) وتخرجه على بيع الجارية الحامل بحسر حسن

متعين ، وحكمه والتصحيح فيه معلوم في موضعه ، ولقد تعجبت من صاحب البيان فانه قال : ان القول بأن ما أطلع للمشتري ، لم يذكر الشيخ أبو حامد غيره ، والوجود في تعليقه والمنقول عنه خلاف ذلك .

(المسألة الثانية) اذا أبر بعض الحائط دون بعض فأفرد المؤبر بالبيع فلا اشكال في أن ثمرته للبائع ، وان أفرد الذي لم يؤبر بالبيع ففيه وجهان كما ذكر المصنف نقلا وتعليلا ، ومن حكاها القاضي أبو الطيب (وقوله) فصار كما لو أفرد بعض المؤبر بالبيع ، يعنى اذا ثبت بهذا البيع حكم التأبير صار كالمؤبر ، فإذا أفرد بالبيع صار كما لو أفرد المؤبر بالبيع ، ونظير المسألة اذا بدا الصلاح في بعض الحائط فأفرد بالعقد الثمرة التي لم يبد صلاحها فيها ففي صحته وجهان كالوجهين . (والصحيح) أن الطلع للمشتري ، ومن صححه صاحب البيان ، وقال امام الحرمين : ان القائل بأن غير المؤبر هنا يتبع المؤبر يقول : دخول وقت التأبير كالتأبير نفسه ، وهذا الكلام من الامام قد يوهم أن من الأصحاب من يقول : ان وقت التأبير كالتأبير نفسه وكذلك كلام الغزالي يقتضى ذلك ، وقد يوهم ذلك أن هذا القائل يكتفى بحضور الوقت دون أن يحصل تأبير أصلا ، ولم أعلم من قال بذلك ، وانما مراد الامام ومن أطلق العبارة اذا حصل تأبير في غير المبيع ، ولم يحصل في المبيع وقد تقدم في ذلك كلام .

وجزم الفوراني بأنه اذا أفرد النوع الذي لم يؤبر بالبيع أنه ليس حكمه حكم المؤبر ، فيمكن أن يكون محل الوجهين اللذين ذكرهما المصنف وغيره فيما اذا أفرد ما لم يؤبر من نوع واحد ، ويمكن أن يكونا مطلقا بناء على أن التأبير في أحد النوعين تأبير في الآخر ، وقد صرح صاحب التتمة بذكر الوجهين فيما اذا أفرد الصنف الذي ليس بمؤبر على طريقة من يرى تبعية النوع للنوع وهو المذهب فيصح ابقاء الوجهين في كلام المصنف على اطلاقهما .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(قال الشافعى رحمه الله : (والكرسف اذا بيع أصله كالنخل) وأراد به كرسف الحجاز فانه شجر يحمل في كل سنة وتخرج ثمرته في كمسام ، وتنشق عنه كالنخل ، فان باع وقد تشقق

جوزة فهو للبائع ، وان لم يتشقق فهو للمشتري وان تشقق بعضه دون بعض جعل الجميع للبائع كالنخل ، وأما ما لا يحمل الا سنة وهو قطن الصراق وخراسان فهو كالزراع ، ويجيء حكمه ان شاء الله تعالى .

(الشرح) الكرسف بضم الكاف وسكون الراء وضم السين المهملة بعدها فاء : القطن ، ويقال له : الكرسف والبرسف وهو على نوعين ، منه ما يبقى في الأرض سنين ، ويحمل كل سنة مثل كرسف الحجاز وأبين وتهامة والشام والبصرة ، قال الحاملي : والبلاد الحارة ، فهو شجر شبيه بالنخل ويتشقق الجوز فيؤخذ القطن منه ، ويترك القشر على الشجر ، كما يترك كمam الطلع على الشجر ، وقيل : ان بعضهم ثابده يحمل في السنة ثلاث مرات ، ويعضد عليه كما يعضد على الشجر ، وقد عده الأصحاب مع النرجس والبنفسج والمصنف أفردته بالذكر وهو أولى فان فيهما وجها كما سيأتى بالحاقهما بالزراع .

وأما الكرسف المذكور فلا نعلم خلافا في الحاقه بالنخل ، على أن من الأمثلة المذكورة مع النرجس والبنفسج ما لا خلاف فيه أيضا ولكن الكرسف كأنه أشبه بالشجر منه ، فلذلك أفردته بالذكر ، وكذلك الشافعي رضى الله عنه أفردته بالذكر قال : والكرسف اذا بيع أصله كالنخل ، قال الأصحاب في هذا النوع من الكرسف : انه اذا باع الأرض كان تابعاً لها ، وان أفردته بالبيع جاز مطلقا ، ولا يشترط شرط القطع ، واذا باعه مفردا أو مع الأرض أو باع الأرض فدخل في بيعها وكان فيه جوز — فان كان قد تشقق منه شيء — كان الكل للبائع الا أن يشترط المشتري وان لم يتشقق منه شيء فالكل للمبتاع الا أن يشترط البائع كثرة النخل سواء ، فالتشقق هنا بمنزلة التأخير في النخل .

وكلام المصنف مصرح بأنه لو تشقق بعضه كان الجميع للبائع ، والأصحاب مساعدون له على ذلك ، ومن جملةهم صاحب التهذيب وافق في أن الكرسف في ذلك كالنخل ، وسيأتى كلامه فيما سوى ذلك من الورد وغيره .

(النوع الثاني) ما لا يحمل الا سنة واحدة ، وهو قطن بغداد

وخراسان لا يبقى أكثر من سنة واحدة ، فحكمه حكم الزرع ان باع الأرض لم يدخل في العقد كالزرع الا أن يشترطه المشتري فيصح شرطه ما لم يكن جوزا منعقدا غير متشقق ، فسيأتى أنه يمتنع على المشتري اشتراطه ، هذا اذا لم يكن اشتد فان اشتد وقوى ولم يتشقق فلا يجوز بيعه أصلا مفردا ولا مع الأرض ، سواء ظهر بعضه أم لم يظهر شيء منه ، لأن المقصود منه مغيب فهو مجهول كالسنبل ، فان باعه مع الأرض بطل فيه وفي الأرض قولاً تفريق الصفة وكذلك في الزرع مع الأرض سواء . قاله القاضى أبو الطيب .

وان باعه وحده — فان كان حشيشا — لم ينعقد جوزه ، أو انعقد ولم يحصل فيه قطن جاز بيعه بشرط القطع ، وان كان قد عقد جوزه واستحكم قطنه ، لأن المقصود منه القطن وهو مغيب كالسنبل ، فعلى هذا ان باعه مفردا بطل ، وان باعه مع الأرض بطل فيه ، وفي الأرض قولاً تفريق الصفة ، وكذلك اذا باع الأرض واشترط المشتري أن يكون ذلك له ، واقتصر الرافعى في ذلك على ما ذكر صاحب المذهب نقلاً ، وفيما قال صاحب التهذيب موافقة لبعض ما تقدم عن القاضى أبى الطيب ، فان تشقق وظهر القطن صح بيعه وحده ومع الأرض وجاز لمشتري الأرض أن يشترطه ، وهل يدخل القطن في البيع ؟ قال صاحب التهذيب : يدخل بخلاف الثمرة المؤبرة لا تدخل في بيع الشجرة ، لأن الشجرة مقصودة كثمار سائر الأعوام ، ولا مقصود هنا سوى الثمرة الموجودة .

وقال القاضى حسين : انه يبقى للبائع ولا يدخل في البيع ، وشبه ابن الرفعة هذا الخلاف بالخلاف فيما اذا رهن خريطة لا قيمة لها ، وكان فيها شيء له قيمة هل يتبع اللفظ دون ما فيها ؟ أو يجعل المرهون ما فيها ؟ لأنه المقصود عادة ، وفيه وجهان (أحدهما) الأول قلت : وان لم يتشقق قال في التهذيب : لم يصح بيعه على الأصح وقال القاضى حسين : يصح في الأصل ولا تدخل الثمرة وكل منهما بنى على أصله قال ابن داود : فعلى قول اشتراط التشقق يشترط أن يكون في كله فلو تشقق بعضه لم يصح الا فيه بخلاف ثمرة النخل وكرسف الحجاز ، واحتج من منع من بيعه قبل تشققه بأن المقصود منه القطن

وفي البيان أن الشيخ أبا حامد منع من بيعه وأن تشقق جوزه كالطعام في سنبله ، وهذا محصول على غلط في النسخة التي وقعت لي ، وهذه الجملة التي ذكرتها هي قول أكثر الأصحاب .

وقال صاحب التتمة : انه إذا تناهى نهايته ولا يكون له نماء بعد ذلك وهو في آخر الخريف فبيعه جائز مطلقا ، ويكلف تقصير الأرض عنه على حسب العرف وما عليه من الحمل لا يتبعه سواء كان متشققا أم غير متشقق ، لأن الشجرة ليست بمقصودة وإنما المقصود الثمرة فلا تدخل في بيع البائع ، وهذا الذي قاله صاحب التتمة فيه تنبيه وعليه استدراك أما التنبيه فانه استفيد مما ذكر أن شرط الحكم بجواز البيع فيه أن يكون تناهى ، ولا يتوقع له نماء فلو لم يكن كذلك لم يصح إلا بشرط القطع كما في شجر البطيخ إذا خاف اختلاطه أما بيعه مع الأرض فلا حاجة فيه إلى ذلك (وأما) الاستدراك فان أصول هذا النوع من الكسب لا تقصد وحدها بدون حملها ولا يشتريها أحد إلا والمقصود حملها ، فقلوه : ان حملها لا يتبع لأن الشجرة ليست بمقصودة تعليله صحيح ، وليس ينبغي أن يكون فيما إذا عني أنه يشتري الأصول فقط أما إذا قال : بعتك هذا القطن وهذا الزرع دخل لأنه هو المقصود وليس دخوله تبعا وكلام الأصحاب المتقدم منزل على ذلك وذلك هو المفهوم عند الإطلاق .

وكذلك إذا قال : بعتك الأرض وما فيها من الزرع فأما بيع ثمره فان تشقق وباع ما تشقق منه صح ويؤمر بالالتقاط على العادة فلو تأخر الالتقاط حتى تشقق غيرها واختلط فعلى القولين ، وان لم يكن تشقق ولا انعقد القطن فباعه على شرط التيقية لم يصح كثرة لم يبد صلاحها وان باعه بشرط القطع لم يصح لأنه لا منفعة فيه في تلك الحالة فأما ان انعقد القطن ولم يتشقق فحكمه حكم الحنطة في السنبل هذا كلام صاحب التتمة . قال : فلو باع الجوز مع الشجرة قبل التشقق بشرط القطع فمن أصحابنا من قال : فيه قولان ببيع الغائب والشجرة — وان كان قد رآها — فهي تابعة فلا يجعل لها حكم ومنهم من قال : في الجوز قولان ببيع الغائب إذا أبطننا ففي الشجرة قولان فترى الصفقة وقد ذكر صاحب البيان أن قطن العراق كقطن الحجاز يبقى سنين ، والأمر في ذلك يرجع إلى المشاهدة والفقه وقد تبين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع شجرا غير النخل والكرسف لم يخل اما أن يقصد منه الورد أو الورق أو الثمرة ، فان كان يقصد منه الورد فان كان ورده يخرج في كمام ثم يفتح منه كالورد فهو كالنخيل ، فان كان في الكمام تبع الأصل في البيع كالطلع الذي لم يؤبر ، وان كان خارجا من الكمام لم يتبع الأصل كالطلع المؤبر وان كان لا كمام له كالياسمين كان ما ظهر منه للبائع وما لم يظهر للمشتري ، وان كان مما يقصد منه الورق كالتوت ففيه وجهان (أحدهما) أنه ان لم يفتح فهو للمشتري . وان تفتح فهو للبائع ، لأن الورق من هذا كالتمر من سائر الأشجار (والثاني) أنه للمشتري تفتح أو لم يفتح لأنه بمنزلة الأغصان من سائر الأشجار ، وليس كالتمر لأن ثمرة التوت ما يؤكل منه) .

(الشرح) الفصل معقود لبيان ما يلحق من الأشجار بالنخل ، فان الشافعي رحمه الله لما ذكر حكم النخل المنصوص عليه ، وأتبعه بالكرسف الذي هو في حكمه ، قال بعد ذلك : ويخالف الثمار من الأغصان وغيرها النخل ، وان دفع في بيان ما يكون في معنى ثمر النخل ، وشرح الأصحاب ذلك فقسموا الشجر النابت الذي له حمل في كل سنة الى أقسام ، وأحسن تقسيم فيها ما سلكه الشيخ أبو حامد ، وتبعه المصنف ، وهو أن الشجر ثلاثة أضرب ، ما يقصد منه الورد ، وما يقصد منه الورق ، وما يقصد منه الثمرة ، والذي يقصد منه الثمرة على خمسة أضرب الأربعة التي ستأتي في كلام المصنف ، والخامس ما يظهر في كمام ثم تتشقق عنه الكمام فتظهر الثمرة فتقوى بعد ذلك وتشتد ، وهي ثمرة النخل . والمصنف لم يذكر في هذا القسم لأنه جعل تقسيمه فيما سوى النخل والكرسف ، فلا تأتي الأربعة كما ذكر .

والقاضي أبو الطيب جعل الأقسام كلها خمسة ، فلم يأت في تقسيمه من الحسن والبيسان ما في تقسيم الشيخ أبي حامد ، فلهذا عدل المصنف عنه ، وذكر المصنف في هذه القطعة التي ذكرناها هنا ضربين .

(الضرب الأول) ما يقصد منه الورد ، وهو على نوعين (أحدهما)

ما يخرج في ورق أخضر لا يشاهد منه شيء ، ثم بعد ذلك يفتتح
 فبشاهد ما تحته كأنواع الورد الأحمر والأبيض والأخضر والرجس ،
 فإن كان قد تفتح منه شيء عند البيع فجميعه للبائع ، ما تفتح وما لم
 يفتتح ، هذا هو المشهور خلافا لما سذكروه عن صاحب التهذيب ومن
 تبعه ، أن ما تفتح يكون للبائع ، وما لم يفتتح يكون للمشتري ، وأن
 ما لم يفتتح منه شيء يكون للمشتري كالطلع حرفا بحرف ، هكذا قال
 أبو حامد ، وقال الروياني في البحر والشاقي في الحلية وابن الصباغ
 والرافعي عن الشيخ أبي حامد : انه للبائع وإن كان في كمامه ، وإن ذلك
 ظاهر كلام الشافعي رضي الله عنه .

(قلت :) وهذه الحكاية عن أبي حامد كان يغلب على ظني أنها
 وهم ، فإن الذي في تعليقه الجزم بالتفصيل المتقدم ، ولا أعلم خلافا
 في ذلك ، فلعله التبس على الحاكي هذه المسألة بمسألة الثمرة التي
 عليها نور ، ووقع اختلاف في نقل الحكم مع ذلك ، لكن ما رأيته ولا
 الأئمة نقلوا ذلك .

(قلت :) لعل الشيخ أبا حامد اختلف كلامه في ذلك . ويدخل
 شجر هذا النوع في بيع الأرض كسائر الأشجار ، وقال البغوي في التهذيب
 والخوارزمي في الكافي : أن الورد إذا تفتح بعضه فالذي تفتح للبائع
 والذي لم يفتتح للمشتري ، بخلاف ما لو باع نخلة تشقق بعض
 ثمرها ، وعلمه بأن ما تفتح من الورد يجتنى ولا يترك ، فإنه يتناثر
 ويقتل فلا يتلاحق البعض ببعض ، فكان كل واحد في حكم المنفرد
 بخلاف الثمار فإنها لا تجتنى حتى تتلاحق ، وكلام أبي حامد والجرجاني
 والمصنف في التنبيه وابن سراقه في بيان ما لا يسع جهله مصرح
 بخلافه .

(النوع الثاني) من هذا الضرب ما يبرز بنفسه لا يحول دونه
 حائل إلا أنه يخرج على جهته ثم يفتتح كالياسمين ، فإن كان قد ظهر
 منه شيء ، فالجميع للبائع ، وإن لم يظهر منه شيء فهو للمشتري ،
 والظهور في هذا النوع بمنزلة التفتح في النوع الأول ، هذه طريقة
 الشيخ أبي حامد ، وسلكها المصنف هنا والرويات والرافعي وغيرهم .
 وأعلم أن عبارة المصنف رحمه الله تعالى هنا في الياسمين خاصة ، وكذلك

عبارة الجرجاني ، يوافقان بظاهرهما ما قاله صاحب التهذيب في الورد
لكن عبارة المصنف في التنبية مصرحة بأن الياسمين كالورد ، وأن ظهور
بعضه كظهور كله ، فينبغي أن تحمل عبارته في المذهب على ذلك لا على
ما قاله صاحب التهذيب ، والله أعلم .

وأطلق القاضي أبو الطيب في النوعين أنه ان تفتح للبائع ، وان
لم يفتح للمشتري ، وكذلك قال المصنف في التنبية ، لكن بلفظ الظهور
لما قال : أو نورا تفتح كالورد والياسمين فان كان ظهر ذلك أو بعضه
فهو للبائع ، وان لم يظهر فهو للمشتري ، فان أراد بالظهور التفتح وهو
الظاهر فهو موافق للقاضي أبي الطيب ، وان أراد البروز ، وان كان
في الكمام لم يقل به أحد الا أن يتعسف في الاعتذار عنه بأن المراد
الظهور ، وذلك في الورد وما يخرج في كمام بالتفتح وبالياسمين
وما يخرج في غير كمام بنفس الخروج ، فحينئذ يصح ، ويكون
موافقا لما قاله في المذهب ، ولما قاله الشيخ أبو حامد وأما اعتبار
القاضي أبي الطيب التفتح فيما لا كمام له فلا معنى له .

وقال الروياني : ان البنفسج كالورد ، وعد جماعة البنفسج
والنسرين من جنس الياسمين ، وألحق سليم فيما نقل عنه النسرين
بالورد قال الفزاري : والمشاهد في بلادنا خروجه في كمام يفتح عنه
كالورد يعنى الياسمين .

(فرع) لو باع كمام الورد قبل حصول الورد فيها ، وكذا
الجوز قبل القطن بشرط القطع ، صح لأن الورد والقطن ليسا بمقصودين
منهما فصارا مقصودين بأنفسهما لعل الدواب ، قاله الخوارزمي .

(الضرب الثاني) ما يقصد منه الورق كالتوت وشجره هو
المسمى بالفرصاد ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي اسحاق وصححه
الروياني ، أنه ان كان قد ظهر من الورق شيء فالكل للبائع ، والا
فلمشتري ، هكذا عبارة الشيخ أبي حامد ، والشيخ في عبارته بالتفتح
وعدمه تابع للقاضي أبي الطيب فإنه قال كذلك ، وزاد ففرض المسألة
فيما اذا باع أصل التوت ، وقد خرج ورقه ، ويرد عليهما في ذلك
ما ورد عليهما في اعتبار التفتح في الياسمين ، وان استبعدت حصول

التفتيح في ورق التوت فسيأتى في كلام الماوردى والرويانى ما يثبتته ،
وقد أخبرنى من يخبر^(١) ذلك ، وأن ورق التوت يخرج منعقدا لم
يتفتح .

(فائدة) الياسمين بكسر السين ، والأشهر جعل النون حرف
اعرابه ، وفيه لغة أنه يعرب اعراب قائمين - بالواو والياء والنون -
بياعين مثناتين . هذا هو المشهور وقد قيل فيه لغة : ان الأولى مثناة
والثانية مثلثة . وأفكرها الجوهري ونسبها ابن قتيبة في أدب الكاتب
الى الفرس .

(والوجه الثانى) أنه للمشتري بكل حال ونسبه الامام الى
الجماهير . وصاحب البيان الى اختيار الشيخ أبى حامد ، وقال في
التهذيب : انه المذهب وهو الأصح عند الغزالى والرافعى والقاضى
حسين وغيرهم . لأنه ورق فأشبهه سائر الأوراق ، ولما ذكره المصنف
ومنع صاحب هذا الوجه أن تكون ثمرة التوت منحصرة في ذلك ،
أو أن ذلك من الثمر ، بل ثمرته ما يؤكل منه من الثمرة الحلوة والمرّة
وجعل البغوى والرافعى وغيرهما محل الخلاف فيما اذا كان في أوان
الربيع أما في غيره فالكل للمشتري بلا خلاف على ما صرح به صاحب
المتنمة كسائر الأوراق .

وفي المسألة وجه ثالث جزم به الماوردى وحكاه الرويانى أنه ان
كان شاميا يقصد ثمره دون ورقه فلا اعتبار بظهور ورقه ، وان كان يقصد
ورقه فانه يبدو في عقده ثم يتفتح عنها ، فان كان في عقده تتبع
الأصل وان انشقت العقدة وظهر ورقها لم يتبع الأصل وهو للبائع ،
قال الرويانى : وهو قريب من قول أبى اسحاق ، ورأى بعضهم أن
الخلاف منزل على هذا التفصيل وأنه لا معنى لذلك الخلاف ، وان كان
الشيخ قد حكاه .

(قلت :) وقد عرفت أن الشيخ لم ينفرد به بل كل الأصحاب
ذكروا الخلاف ولم أر هذا التفصيل لغير الماوردى ، وان كان متجها ،
فان النوع الذى يقصد ثمره ولا يقصد ورقه كالأحمر فيما قال

(١) يخبر من باب كتب والخبر يضم الخاء وسكون الباء هو العلم
(المطعمي)

بعضهم ، فإنه لا يطعم ورقه للدود المقصود ثمرة فهذا ورقه كورق سائر الأشجار ، أما التوت الأبيض الذى يقصد منه الورق لطعمه الدود فينتجه فيه الخلاف قال ابن الرفعة : ويلتحق بالأول ورق الذكر من الأبيض ، لأنه لا يصلح لقريبة الدود كما صرح به الأصحاب فى كتاب المساقاة ، والله أعلم .

(فرع) الخلاف (١) الذى يقطع أغصانه ويترك ساقه وطوله ، وتقطع الأغصان من جوانبه فحسب اذا باع شجرته قال القاضى حسين : والأغصان لا تدخل فى العقد ، لأنه ينزل منزلة الثمار فى سائر الأشجار .

(فرع) قال الماوردى والرويانى : الحناء يقصد ورقه أيضا ويبدو ورقه بعد تقديح أغصانه من غير أن يكون فى عقدة تتفتح عنه ، فاذا بدا ورقه بعد التقديح ثم باع شجرته كان فى حكم النخل المؤبر ، فيكون للبائع ، وقال صاحب البيان : شجر الحناء والجوز والهرنس لا نص فيها فيحتمل أن يكون كالتوت على الوجهين ، ويحتمل أن يكون البائع أحق بالورق اذا ظهرت وجها واحدا لأنه لا ثمرة لهذه الأشجار غير الورق .

(فرع) شجر النبق ، قال صاحب التتمة : المذهب كسائر الأشجار يتبعها ورقها ، وقيل : انها كالتوت ، لأن فى ورقها منفعة مقصودة يغسل بها الرأس قال ابن الرفعة : وهذا يتبعى أن يكون هو الأصح فى بلادنا لأنه مقصود بالثمرة ، وله طواحين معدة لطحنه ، وموضع يباع فيه بأبلغ ثمن لكثرتة ، وفرق على القول الآخر بينه وبين ورق التوت ، بأن منفعة غسل الرأس تافهة وغيره فى المعنى يشاركها ، فانها تغسل بالخطمي والطين وغير ذلك بخلاف ورق الفرصاد فإنه كل مقصوده .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان مما يقصد منه الثمرة فهو على أربعة أضرب (أحدها) ما تخرج ثمرته ظاهرة من غير كمام كالتين والعناب ، فما ظهر منه للبائع لا يدخل فى البيع من غير شرط ، وما يظهر بعد العقد فهو للمشتري ، لأن الظاهر منه كالطلع المؤبر ، والباطن منه كالطلع الذى لم يؤبر) .

(١) بضم الحاء وفتح اللام مع التشديد .

(الشرح) بدأ في الضرب الثالث من أقسام الشجر ، وجعله على أربعة أضرب وقد تقدم التنبيه على أن منها ضربا خامسا لم يدخل في تقسيمه ، ولم يلتزمه وهو النخل والكرفس لافراده إياهما بالذكر ، وجعله مورد التقسيم فيما سواهما ، إذا علم ذلك فهذا الضرب الذي يقصد منه الثمرة مما سوى النخل والكرفس على أربعة أضرب .

(أحدهما) ما تخرج ثمرته ظاهرة من غير كمام ، ولا ورق دونها ولا حائل مثل التين والعنب ، فإذا باع أصل التين والعنب ، فإن كان قد خرجت الثمرة فهي للبايع ، إلا أن يشترط المبتاع وإن لم تكن خرجت وإنما خرجت في ملك المشتري فهي للمشتري ، ويكون خروج هذه الثمرة بمنزلة ظهور ثمرة النخل من الطلع ، وظهور القطن من الجوز ، قال الشيخ أبو حامد وأظن التوت الشامى مثله أى مثل التين والأمر كما قال ، فإن ثمرة التوت تخرج بارزة من غير كمام وأظن مراده بالشامى التوت الأحمر المر ، فإن المقصود منه ثمرتا لا ورقه بخلاف التوت الذى يقصد ورقه لتربية الدود وإن كان الحكم في الثمرة واحدا ، وقد حكى عن الشيخ أبى حامد أنه قال في العنب : عندي أن له ورذا ثم ينعقد ، قال المحاملى : وشاهده قول الشافعى : يعنى الذى معناه أن سائر الثمار من العنب وغيرها تخرج ثمرتها وعليها ورد ، وهو يشاهد من بين ذلك الورد ، ويرى ويتساقط عنه النور ، ويبقى الثمر ، فتكبر ولا كذلك النخل فانها لا ترى من داخل الكمام وهذا وجه المخالفة .

قال ابن الرقعة : وقد يقال على هذا : وجه المخالفة أن كمام ثمرة النخل شامل لحبات منه ، وكمام العنب شامل لكل حبة ، وكذا كمام غيره من الثمار ، ولهذا المعنى أثر يظهر لك في بيع ما له قشران كالجوز واللوز ، وقد علق جعل العنب للبايع بأن اشتمال كل حبة على كمام يزيلها ، كاشتمال كل حبة من حبات ثمر النخل بعد التأخير ومع ذلك فهو للبايع ، فكذا العنب يكون له ، والماوردي يزعم أن العنب نوعان منه ما يورد ثم ينعقد ومنه ما يبدو منعقدا قال ابن الرقعة : ولا أثر لهذا الاختلاف في الحكم لأن من أثبت له نورا يقول : أنه غير مانع من الرؤية فكان كالمعذور ، والله أعلم .

واعلم أن كلام المصنف في هذا الضرب والضرب الذي بعده يقتضى أن ما يظهر بعد العقد لا يكون تابعا لما كان عند العقد ، وأنه لا يكون ظهور بعضه كظهور كله كالنخل وبذلك صرح صاحب التهذيب ، وهو يوافق ما تقدم عن صاحب التهذيب في الورد والياسمين ، وما اقتضاه كلام المصنف وصرح به صاحب التهذيب في هذا الضرب الذي بعده لم أجد في كتب الأصحاب ما يخالفه ، ونقل الرافعى ما قاله صاحب التهذيب عنه في الورد والتين والعنب وقال : ان الصورة الأخيرة ، يعنى التين والعنب ، محل التوقف ، قال صاحب الوافى : لو أجرى الوجه القائل بأن ما يحدث من الطلع بعد ما تأبر منه البعض يكون للبائع كالطلع غير المؤبر لأنه من ثمرة العام فيكون أيضا ما يحدث من التين للبائع تابعا لما ظهر ، لأن الظاهر في حكم المؤبر من ثمرة النخل كان له اتجاه ظاهر ، ولم أجد للأصحاب نصا فيه غير ما ذكره الشيخ وان يكن فرق فمن حيث ان ظهور الشيء بعد الشيء في التين معتاد ، ثم حين بلوغ التين يؤخذ ، فالذى يحدث بعده لا يختلط به حتى يفضى الى سوء المشاركة بخلاف ثمرة النخل فانها تترك الى الجذاذ ، فيصير الجميع على حد واحد في البلوغ ، فيختلط ولا يتميز ، فاحتجنا أن نجعله تابعا ، وفي هذه المسألة لا حاجة الى ذلك .

(قلت :) هذا اعتراض وجواب جيدان ، وقد علمت أن المصنف لم ينفرد بذلك والفرق المذكور يعضد ما قاله صاحب التهذيب في الورد والياسمين ، ويمكن الفرق بأن الورد والياسمين يسرع فيه التلاحق ولا يتميز ، فيفضى الى المحذور بخلاف التين والعنب ، فان التمييز بينهما بين ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والثانى) [ما ^(١)] يخرج في كمام لا يزال عنه الا عند الاكل كالرمان والموز ، فهو للبائع ، لأن كمامه من مصلحته فهو كاجزاء الثمرة) .

(١) ما بين المعقوفين ليس في شوقي (ط) .

(الشرح) هذا الضرب الثانى من الضرب الثالث الذى يكون المقصود فيه الثمرة ، والأمر كما قال المصنف حكما وتعليلا نص عليه الشافعى والأصحاب ، قال الشافعى فى الأم : وإذا باع رجل أرضا فيها شجر رمان ولوز وجوز الرانج وغيرها مما دونه قشر يواريه ، أو ظهرت ثمرته ، فالثمرة للبائع إلا أن يشترطها المبتاع ، وذلك أن قشر هذا لا يتشقق عما فى أجوافه ، وانفق الأصحاب على أن الحكم كذلك فى الرمان والموز ، وذكروا فى ذلك معنيين (أحدهما) أن كمامه من مصلحته كما ذكره المصنف ، وهو الذى أشار إليه الشافعى (والثانى) تقشر نفس الثمرة ، فإنه يدخر عليها ، فهو كالنتين ، وفى كلام المصنف تصريح باطلاق الشجر على شجر الموز ، وسيأتى تعرض لحكمه فى فصل النبات غير الشجر ، وكلام الشافعى رضى الله عنه فيه ، قال ابن الرفعة : ولأجله قيل : أنه لا تجوز المساقاة عليه ، وأما الجوز واللوز والرانج (١) ففيه نزاع فلذلك أخره المصنف وجعله من الضرب الثالث .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والثالث) ما يخرج وعليه قشرتان كالجوز واللوز والرانج ، فالمنصوص أنه كالرمان لا يدخل فى بيع الأصل ، لأن قشره لا يتشقق عنه كما لا يتشقق قشر الرمان ، ومن أصحابنا من قال : هو كثمرة النخل الذى لم يؤبر ، لأنه لا يترك فى القشر الأعلى كما لا تترك الثمرة فى الطلع .

(الشرح) الرانج — براء مهملة ونون بعد الألف مكسورة وجيم — وهو الجوز الهندى ، وهو النارجيل ، إذا علم ذلك فهذا الضرب ، وهو الثالث من الضرب الثالث ، فالجوز واللوز والرانج قد تقدم أن الشافعى ذكره مع الرمان ، وحكم فى الجميع بأنه للبائع إلا أن يشترط المبتاع ، وبذلك قطع صاحب التقريب ، لأن قشوره لا تتروى فى الغالب لا عند القطف ، وبعد القشرة العليا من الثمرة ، بخلاف الكمام فإنه يبعد من الشجرة ، ويترك الكمام عند القطع على الأشجار ، ونزل

(١) الرانج بفتح النون الجوز الهندى والجمع الروانج والرانج أيضا نوع من التمر أملس . (ط) ٣

المسعف والكرانيف ، وقشور الجوز ليست كذلك ، قال الشيخ أبو حامد :
 (أما) الذى لا اشكال فيه فالرمان والموز ، وقال فى الجوز واللوز :
 ظاهر قول الشافعى أنه وان لم تتشقق القشرة الأولى فهو للبائع ، قال :
 وقال أصحابنا : انما جعله بمنزلة الرمان اذا ظهرت القشرة التى
 تلى اللب •

وظاهر هذا الكلام من الشيخ أبى حامد أن ذلك عن الأصحاب ،
 والقاضى أبو الطيب جعل الشيخ أبا حامد هو المخالف فى ذلك ، فقال :
 وغلط الشيخ أبو حامد فقال : الجوز يتشقق قشره الفوقانى
 عنه ، ويسقط ويظهر السفلى ، فيجب أن يكون ذلك بمنزلة النخل ،
 فان لم يكن تشقق فهو للمشتري ، وان تشقق فهو للبائع ، قال
 القاضى أبو الطيب : وهذا خلاف نصه ، لأن الشافعى رضى الله عنه
 قال : تشقق القشرة من هذا ليس من صلاحه اذا كان على رؤوس
 الشجر ، لأنه كتشقق الرمان الذى ليس فيه صلاحه ، وكان ذلك هو
 الجامل للمصنف على نسبة الخلاف الى بعض الأصحاب مبهما من
 غير تعيين ، وقطع الماوردى ونصر المقدسى فى الكافى بما قاله أبو حامد ،
 وقال الرويانى : انه الأقيس •

وقال المحاملى فى المجموع : قال الشيخ : وقد ذكر الشافعى رضى
 الله عنه أن حكم الجوز واللوز قشرة عليا وسفلى ، لأنه ليس
 بالحجاز شجر الجوز واللوز ، فحمل أمره على أن له قشرة واحدة ،
 وأجراه مجرى الرمان والموز ، أو علم ذلك ولكنه فرض المسألة
 فيه اذا زالت عنه القشرة العليا وبقيت السفلى ، والدليل على أنه
 أراد هذا أنه قال : دونه حائل لا يزال عنه الا فى وقت الحاجة الى
 أكله ، وهذا صفة القشرة السفلى دون العليا •

(قلت :) أما الاحتمال الأول فبعيد ؟ لأن فى مختصر المزنى فى
 باب الوقت الذى يحل فيه بيع الثمار ، وكذلك فى الأم وهو بعد
 الموضع بشئ يسير ، أن على الجوز قشرتين واحدة فوق القشرة التى
 يدفعها الناس عليه ، ولا يجوز بيعه ، وعليه القشرة العليا لأنه
 يصلح أن يدفع بدون العليا ، وكذلك الرانج فلا يجوز أن ينسب الى
 الشافعى أنه لم يكن يعرف حال الجوز ، وأما الاحتمال الثانى فهو

قريب ولا ياباه كلام الشافعي ، فان عبارته في الأم : « وذلك أن قشر هذا لا ينشق عما في أجوافه ، وصلاحه في بقائه » هذا كلام الشافعي بحروفه ، وليس فيها ما يوجب أن يكون المراد القشرة العليا دون السفلى ، بل تعليل الشافعي رضي الله عنه بأن صلاحه في بقائه يفهم أن ما ليس صلاحه في بقائه لا يكون للبائع إلا إذا زال عنه ، وقشرة الجوز واللوز العليا من هذا القبيل ، فان كانت تشقق عنه وهو على الشجر فينبغي أن يكون الأمر كما قال الشيخ أبو حامد وتغليط القاضي أبي الطيب غير متجه لكني أقول : أن تشقق القشرة العليا من على الجوز واللوز إنما يكون بعد يبسه ونهايته وكثيرا ما يؤخذ من على الشجرة مع قشرته كاللوز العاقد ، والرانج أيضا كثيرا ما يؤخذ في قشرته بعد نهايته ، بل العادة مطردة في كل ما له قشران فليس هو كثرة النخل قبل التأبير فينبغي أن يكون للمشتري كما يقتضيه إطلاق النص ، وإن كان للتأويل فيه محتمل ، والله أعلم .

واعلم أن اللوز إذا كان أخضر صغيرا يؤكل في قشرته ، ويجوز بيعه مع تلك القشرة كما ذكره القاضي حسين ، لأنه مقصود كالب ، سواء مع ذلك المنصوص كما تقدم أنه يدخل في بيع الأصل ، فكأنهم شبهوه بالطلع في اللوز إذا كان صغيرا . فانه يؤكل كله ، ولا ينقطع من التبعية حتى يظهر من اللوز ، والله أعلم .

وقد نقل امام الحرمين عن العراقيين ما ذكرناه عن الشيخ أبي حامد ، وذكر عن صاحب التقريب خلافه ، وكأنه لما وقف على كلام الشيخ أبي حامد نسب ذلك الى العراقيين وقد عرفت كلامهم وهذا وهم منه ، ونص الشافعي على خلاف ذلك ، وأورد ابن الرقعة على أبي حامد أنه يقول بأن ما له نور يكون للبائع بخروج نوره ، وهذا منه ، فاذا انعقد كان للبائع بطريق الأولى ، قال : إلا أن يقال في الجواب : ان ذلك قاله في ثمرة تخرج في جوف نور ، والجوز ليس كذلك ، فان البندنجي قال : انه يورد أولا ورذا لا تخرج الثمرة من جوفه ، بل يذهب الورد وينعقد بعد ذهابه ثمرة كهية التين أول ما يطلع ، وسيأتي في الضرب الرابع كلام عن البندنجي يتعلق بهذا الضرب في اللوز .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والرابع) ما يكون في نور يتناثر عنه النور كالنفاح والكمثرى ،
فاختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو اسحاق والقاضي أبو حامد : هو
كثمرة النخل ان تنثر عنه النور فهو للبائع ، وان لم يتناثر
عنه فهو للمشتري ، وهو ظاهر قوله في البويطي ، واختيار شيخنا
القاضي أبي الطيب رحمه الله ، لأن استنارها بالنور كاستنار الثمر في
الطلع ، وتناثر النور عنها كتشقق الطلع عن الثمرة ، فكان في
الحكم مثلها ، وقال الشيخ أبو حامد الاسفراييني : هو للبائع ،
وان لم يتناثر النور عنها لأن الثمرة قد ظهرت بالخروج من
الشجر ، واستنارها بالنور كاستنار ثمرة النخل بعد التأبير
بما عليها من القشر الأبيض ، ثم ثمرة النخل بعد خروجها من
الطلع للبائع مع استنارها بالقشر الأبيض ، فكذلك هذه الثمرة للبائع
مع استنارها بالنور) .

(الشرح) النور الزهر على أى لون كان ، وقيل النور ما كان
أبيض ، والزهر ما كان أصفر ، والكمثرى بضم الكاف .

(اما الأحكام) فإذا باع أصل التفاح والكمثرى والسفرجل والأجاص
والخوخ والمشمش ، وما جرى مجراه مما يخرج في نور ، ثم
يتناثر عنه النور ، فالمشهور أنه اذا باع الأصل وقد خرج وردها
وتناثر وظهرت الثمرة فهي للبائع ، الا أن يشترط المبتاع ، وان لم
يتناثر وردها ولم تظهر الثمرة ولا بعضها فهي للمشتري ، لأن الثمرة مغنية
في الورد ، وتظهر بعد تناثره ، فهي في ذلك كثمرة النخل في التأبير
وعدمه ، وهو ظاهر قوله في البويطي ، لأنه قال في آخر باب السلف
قبل باب الوديعة : وحكم الابار في التفاح واللوز والفرسك اذا خرج
منه وتحبب ، ونقل ذلك عن أبي اسحاق المروزي في الشرح ، والقاضي
أبي حامد في جامعهم ، وأبي علي ابن أبي هريرة وهو اختيار القاضي
أبي الطيب كما قال المصنف ، قال في تعليقه : وغلط الشيخ أبو حامد
الاسفراييني فقال : ظهور الورد بمنزلة ظهور الثمرة ، واحتج بأن
الشافعي رضى الله عنه قال : حكم كل ثمرة خرجت بارزة ترى في أول
ما تخرج كما ترى في آخره ، فهو في معنى ثمرة النخل بارزا من

الطلع ، وغلط فيه لأن هذا أراد به ما لا ورد له ، مثل الغيب
والثين لأن هذا الذى يخرج بارزا وأما ما يخرج في الورد فليس
ببارز ، وإنما هو في جوف الورد وقد فسر ذلك في الصرف وذكرت
لفظه فسقط قول هذا القائل ، انتهى كلام القاضى •

والذى ذكره من لفظ الشافعى في الصرف قال : ما كان من الثمر
يطلع كما هو لا كمام عليه أو يطلع عليه كمام ثم لا يسقط كمامه ،
فطلوعه كإبار النخل ، لأنه ظاهر ، وهذا إنما يرد على الشيخ أبى حامد
بمفهومه ، فإن منطوقه يدل على أن ما لا كمام عليه كالثين والغيب
أو عليه كمام لا تسقط كالموز والرمان ، فالطلوع في القسمين بمنزلة
التأبير ، أما كون الطلوع في غيرهما ليس بمنزلة التأبير فليس ذلك
بالمنطوق ، بل قد يقال : أنه يدل للشيخ أبى حامد لإطلاقه أن ما لا
كمام عليه يكون طلوعه كالتأبير ، والذى يخرج في نور لا كمام
عليه ، وإن كان مستترا بالنور ، غير أن هذا يبعده قوله : كما هو ، فإنه
يشعر لا شيء عليه من كمام ولا غيره •

وقد ذكر الشيخ في تعليقه ما نقله عن القاضى أبى الطيب فقال :
ان الذى ذهب اليه شيوخ أصحابنا أبو اسحاق وأبو على ابن أبى هريرة
وغيرهما أنها للمبتاع ، ولولا أنى لا أحب مخالفة كان ظاهر المذهب
والأشبه بالسنة أن الأنوار إذا ظهرت للبائع ، إلا أن يشترط
المبتاع ، كالطلع إذا تشقق أو أبر ، وذكر كلام الشافعى رضى الله
عنه الذى تقدم ثم قال : وأما معنى السنة فقوله عليه الصلاة
والسلام : « من ابتاع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع ، إلا أن يشترط
المبتاع » لما جعل ثمرة النخل للبائع إذا ظهر عند الطلع ، وذلك
الظاهر نور يتفتح ، فإذا تناثر انعقدت الثمرة بعده كانت الأنوار
كالطلع ، لأن النور يتناثر ثم تتعقد الثمرة بعد ذلك ، وفيه نظر ،
انتهى كلامه •

والحق أنه لا حجة له في كلام الشافعى ، فإن الشافعى رضى الله
عنه إنما حكم بذلك في الثمرة التى تخرج بارزة ترى في أولها كما
ترى في آخرها ، وما يخرج في نور ليس يرى في أوله كما يرى
في آخره فكيف يحمل عليه ، أو يقال : أنه مندرج فيه ، وما استدل
به من الحديث وما أشار اليه وذكره المصنف له من استتار ثمرة النخل

بعد التأبير بما عليها من القشر الأبيض ، فان ذلك يرجع الى تحقيق مناط ، فان الشيخ أبا حامد يقول : ان ثمرة النخل بالتأبير لا تظهر ، وانما يظهر ما يجرى مجرى ورد سائر الأشجار ، لأنه اذا تشقق المطلع ظهر ما فيه مثل الليف ، وفيه حب صغار مثل الذرة وليس ذلك هو الثمرة ، وانما الثمرة في جوف ذلك الحب ترى مثل الشعرة ، كما ترى ثمرة سائر الأشجار من بين الورد •

فان كان الأمر كما قال الشيخ أبو حامد من أن ثمرة هذا الضرب الذى نحن فيه ترى من بين الورد ، وأن ثمرة النخل مثلها ، فينبغى أن يكون الحق معه ، والافالحق مع القاضى أبى الطيب ومن وافقه ، وهذا ليس اختلافا في فقه ، بل يرجع الى أمر محسوس ومثله يقطع بادراك الصواب فيه ، والظاهر الذى تدل عليه المشاهدة أن الأمر كما قال أبو حامد ، وأراد المصنف من الاستقار بالقشر الأبيض وبالنور ما حكيناه عن الشيخ أبى حامد ، والا فظاهره أنها مستترة كلها ، وذلك يخالف ما تقدم من الحاقها قبل التأبير بالحمل لاستقارها ، وبعد التأبير بالولد المنفصل لظهورها ، والذى صححه الرافعى في ذلك أنها للمشتري ، هكذا للمحرر والروضة ، ويشعر به كلامه في الشرح وقال : ان الآخر أرجح عند أبى القاسم الكرخى وصاحب التهذيب ، وجعل أكثر الأصحاب الضابط في ذلك تتاثر النور كما تقدم •

وقال القاضى حسين عن الأصحاب : ان ذلك يخرج أولا نورا ثم يتشقق ثم يتناثر ذلك ، ثم تتعقد الحبات كالشمس والخواخ والتفاح ونحوها ، قال : فما لم تتعقد الحبات فيه يتبع الأصل في البيع ، واذا انعقدت حباته لا يتبع الأصل في البيع مطلقا ولا يدخل الا بالشرط ، وكأن القاضى أخذ ذلك عن القفال ، فان الرويانى حكى عن القفال أنه اذا تحببت ثمارها فهي للبائع ، وان كان النور باقيا عليها ، وان لم تتحبب فالنور كالورق • هذه عبارته ويجىء من مجموع ذلك ثلاثة أوجه :

(الأول) أنها للبائع بمجرد الظهور وهو قول أبى حامد •

(والثانى) أن الاعتبار بالتحبيب وهو قول القفال •

(والثالث) أن الاعتبار يتناثر النور ، وهو المذهب ، لقول الشافعى

رضى الله عنه في البويطى : اذا خرج من النور وتحبب ، وقد يقال :
 ظاهر النص يقتضى اعتبار مجموع الأمرين ، لكن الظاهر أن التحبب
 يكون قبل التناثر ، فذكر التناثر يعنى عنه ، وفي البحر أن الأصح
 ما قاله القفال رضى الله عنه ، وكذلك قال الخوارزمي في الكافي : انه
 لا اعتبار بتناثر النور على الأصح وذكر ابن الصباغ أن المحاملي في
 المجموع ذكر هذه الحكاية التي حكيناها عن أبي حامد ، وأنها ليست
 مذكورة في التعليق الأخير عنه ، وهذا عجب من ابن الصباغ ، فان شيخه
 أبا الطيب ذكرها عنه ، فكان ذكرها من جهته أولى ، وهي في التعليقة
 الموجودة عندنا ، وأما عدم ذكرها في التعليقة الأخيرة فلا يدل (١) .

(تنبيه آخر) أكثر الأصحاب جعلوا المشمش والتفاح والخوخ
 من هذا القسم الذي نحن فيه ، وتكلموا فيها كلاما واحدا كما تقدم ،
 وإمام الحرمين سلك طريقة أخرى فجزم بأن الخوخ والمشمش
 وما في معناه مما الأزهار محتوية عليه للمشتري في مطلق البيع والتفاح
 والكمثرى وما في معناه مما لا تحتوى أزهاره على الثمار ، ولكنها
 تطلع والثمرة دونها ، قال : فما كان كذلك مال العراقيون الى أنه
 للبائع ، ومن أصحابنا من قال : للمشتري لعدم الانعقاد ، قال : وهذا
 هو الذي ذكره الصيدلاني .

وهذه الطريقة التي ذكرها الامام مخالفة لما قاله أكثر الأصحاب
 ولنص الشافعي الذي نقلناه عن البويطى ، فانه جعل حكم الابار في
 التفاح والفرسك شيئا واحدا ، والفرسك هو الخوخ ، والامام
 قد جعل حكمه مخالفا لحكم التفاح ، ثم ان الامام نقل مثل العراقيين
 الى أنه للبائع والعراقيون كما رأيت على أنه قبل تناثر النور للمشتري
 الا الشيخ أبا حامد ولعل الامام رأى كلام أبي حامد فنسب ذلك
 الى العراقيين كما تقدم له مثل ذلك في الجوز .

(فرع) قال القاضي الماوردي : ان الكرم نوعان نوع منه
 يبدو منه أنوار ثم ينعقد ، ومنه ما يبدو حبا منعقدا وقد تقدم الكلام
 في ذلك ، وعد الماوردي الرمان واللوز مع ذوى النور ، قال تاج الدين
 عبد الرحمن : والمشهد في بلادنا خلاف ذلك في الزمان ، فان نوره
 لا يكون سابقا له في أول الظهور وأما اللوز فكذلك هو عندنا ، وقال

(١) هكذا في الأصل ولعله سقط عبارة (على شيء) (ط) .

الرافعى : ان الرمان واللوز مما يخرج في نور يتناثر عنه النور ،
رما ذكرناه من الحكم فيما اذا بيع الأصل بعد تناثر النور عنه ، فان
بيع قبله عاد الكلام السابق فيه ، يعنى اما أن يباع بعد الاعتقاد
أو بعد التناثر ، فكلام الرافعى موافق للمأوردى في أن الرمان له
نور ، ولعله نوعان كالكرم .

وأطلق المتولى القول بأن العنب حكمه حكم النخيل ، قال : وان
كان على حبه قشر لطيف يتفقق ويخرج منها نور لطيف ، لأن مثل
ذلك يوجد في غير النخيل بعد التأبير وقد جعله رسول الله صلى الله
عليه وسلم للبائع ، وهذا ملاحظة منه للمعنى الذى لحظه أبو حامد
فيما مضى ، وصاحب التتمة مال الى موافقته فيه أيضا ، وقال : ان ثمرة
هذه الأشجار تكون تحت غطاء ، ويفارقها ويخرج من تحتها
النور والثمرة والنور على رأس الثمرة ، لكنه قسمه قسمين قسم
يكون له نور بغير كمام كالفتاح والكثرى والسفرجل وهو الذى حكى
كلام أبى حامد فيه ومال الى موافقته . وقسم على ثمرها نور وتكون
الثمرة بين كمام كالجوز واللوز والمشمش والأجاص ، قال : فقبل أن
يخرج من الكمام ويتناثر نوره حكمه حكم الطلع قبل التأبير وهذا
التفصيل قريب مما حكيناه عن الامام .

(فرع) تقدم في كلام الشافعى المحكى عن البويطى عند
اللوز مع التفاح والفرسك فاعترض البندنجى بذلك على قول الأصحاب :
ان اللوز كالجوز ، قال : وهو سهو منهم فيه ، قال ابن الرفعة : (فان
قلت :) هل للشيخ أبى حامد جواب عن نصه في البويطى (قلت :)
لعله يقول : اللوز نوعان ، منه ما ينشق عنه قشره الأعلى على الشجر
وهو المذكور في الأم ومنه ما لا ينشق قشره على الشجر وهو المذكور
في البويطى ، وشاهد ذلك أنا نجد الفول وغيره كالفرسك لا يمكن
ازالة قشره عنه دون الأسفل ولا كذلك غير الفرسك .

(فرع) اذا باع أصلا عليه ثمرة ظاهرة ، وظهر ما في ثمرة العام
بعد البيع ففيما حدث بعد البيع وجهان ذكرناهما في التأبير قاله
صاحب البيان ، يشير الى الوجهين المتقدمين عن ابن أبى هريرة وغيره ،
وأنه لا فرق في ذلك بين النخل وغيره .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع أرضا وفيها نبات غير الشجر - فان كان مما له أصل يحمل مرة بعد أخرى كالرطبة والبنفسج والنرجس والنعنع والهندبا والبطيخ والقثاء - دخل الأصل في البيع ، وما ظهر منه فهو للبائع ، وما لم يظهر فهو للمشتري كالأشجار . وان كان مما لا يحمل الا مرة كالحنطة والشعير لم يدخل في بيع الأصل ، لانه نماء ظاهر لا يراد للبقاء فلم يدخل في بيع الأصل كالطلع المؤبر) .

(الشرح) الرطبة - بفتح الراء - وفي كتاب ابن البردي عن شيخه أبي الغنائم - بضم الراء - وهو غلط ، وهو القضب وهو القتب .

(أما الأحكام) فقال أصحابنا : الزرع والنبات اسم لكل ما ينبت من الأرض ، وينقسم الى قسمين ، أصل وغير أصل ، فالأصل ضربان شجر وغير شجر ، فغير الأصل هو الزرع ، وبعبارة أخرى النبات ضربان شجر وغير شجر ، فالشجر على ثلاثة أضرب ما يقصد منه الورد أو الورق أو الثمر ، وقد مضى حكمها وأقسامها ، والنخل والكرفس داخلان في التقسيم ، وان كان المصنف أفردهما بالذكر أولا ، وغير الشجر ضربان أصل وغير أصل ولهذين الضريين عقد المصنف هذا الفصل .

فالضرب (الأول) الأصل وهو ما يحمل مرة بعد أخرى (والثاني) هو الزرع ، هكذا قسم الشيخ أبو حامد ، وهو يقتضى أن اسم الزرع مخصوص بما لا يحمل الا مرة ، وهو ظاهر ، وكذلك يقتضيه إيراد جماعة ، وجعل الراعى رحمه الله الزرع ضربين ، فجعل ما له ثمرة يحمل مرة بعد أخرى ضربا من الزرع كالبنفسج والنرجس ، وجعل الرطبة والنعنع والهندبا خارجا عن الزرع داخلا تحت اسم الأصول حيث قال الغزالي : وأصول البقول كالأشجار ، وجعل صاحب التهذيب اسم الزرع صادقا على الثلاثة الأضرب ما يثمر مرارا كالنرجس وما يجذ مرارا كالنعنع ، وما لا يجذ مرارا وليست له ثمرة بعد ثمرة كالحنطة ، وكلام الشافعى رضى الله عنه في المختصر يشهد لذلك ،

فانه أطلق الزرع على الضريين الأولين فهو أقرب مما سلكه الرافعى
فى إطلاقه الزرع على الضرب الأول دون الثانى ، فانه بحسب الحقيقة
صادق على الجميع وبحسب العرف قد يقال : انه لا يصدق عند
الإطلاق الا على الأخير والأمر فى ذلك قريب أو هو راجع الى اللفظ .

(وأما) المعنى والأحكام فالأضرب الثلاثة فيه مختلفة والمصنف لم
يذكر لفظ الزرع وإنما ذكر لفظ النبات ولا شك أنه شامل للجميع لكنه
جعلها فى الحكم قسمين وجعل الرطبة والبفسج من القسم الأول ،
وأشعر كلامه بأن حكمها متحد فأما فى دخول الأصل فصحيح على
ما سيأتى تفصيله ، وأما فى كون ما ظهر منه للبائع وما لم يظهر للمشتري
فان ذلك مختلف فالبفسج ما ظهر من ثمرته للبائع وما لم يظهر من
ثمرته للمشتري وأما أصله فحكمه حكم الشجر والرطبة ليس لها ثمرة
فما ظهر منها نفسها يكون للبائع ، وما لم يظهر للمشتري ولم يبين
فذلك يتعين أن يقسم القسم الأول فى كلام المصنف الى قسمين فيكون
مجموع الأقسام ثلاثة ، كما ذكرها البغوى والرافعى ، وان كنا نحن
لم نطلق اسم الزرع على جميعها .

(القسم الأول) الأصل الذى له ثمرة بعد ثمرة كالبفسج والنجس
والبطبخ والقثاء والبادنجان وعد صاحب التهذيب من ذلك الموز والكرفس
الحجازى فأما الكرفس الحجازى فقد أفرد المصنف بالذكر فيما
مضى وأما الموز فذكره المصنف أيضا فى القسم الثانى من أقسام
الشجر فيما تقدم ، وهو الأقرب فانه شجر لغة وعرفا ، والكلام
الآن فى النبات الذى لا يسمى شجرا فلا يحسن عد الموز فيه ، اذا عرفت
ذلك فحكم هذا القسم أن ثمرته الظاهرة حال البيع تبقى للبائع
والأمثلة المذكورة مختلفة ، فمنها ما لا تخرج ثمرته الا ظاهرة
كالبفسج ، فان ورده أشبه الأشياء بالياسمين ، ليس فى كمام ، فان
كان قد ظهر من ورده شئ فورد تلك السنة للبائع الا أن يشترط
المبتاع ، هكذا صرح به الشيخ أبو حامد ، وفى معنى ذلك البطبخ
والقثاء والبادنجان اذ لا فرق بينهما .

وأما النرجس فانه كالورد الأبيض والأحمر يخرج عنه أوراق
خضراء لا يظهر منه شئ ثم يتفتح ، فان كان قد تفتح منه شئ فان

ثمرة هذا العام للبائع الا أن يشترط المبتاع ، وأما أصوله فيها الطرق السابقة في الأشجار حرفا بحرف ، سواء في ذلك ما ظهر منها على وجه الأرض وما بطن ، فحينئذ حكم هذا القسم في تبعية الأصول للأرض ، وفي حكم الثمار حكم سائر الأشجار ، هذا هو المشهور ، وحكى الرافعي وجهها في النرجس والبنفسج أنهما كالحنطة والشعير ، وحكاه الروياني في البنفسج ، وعن الشيخ أبي حامد أنه ضعف الوجه المذكور في النرجس ، وقال : هذا كلام من لم يعرف النرجس ، فإن النرجس له أصل يبقى عشرين سنة وإنما يحول من موضع الى موضع في كل سبع سنين لمصلحته ولا خلاف في هذا القسم والذي بعده أن بيع الأرض صحيح وليس كبيع الأرض المزروعة زرا يحصد مرة واحدة كما سيأتي في القسم الثالث ، ومن صرح بنفي الخلاف صاحب التتمة .

(القسم الثاني) وهو بعض القسم الأول في كلام المصنف ، الأصل الذي ليست له ثمرة بعد ثمرة ، ولكنه يجذ مرة بعد أخرى كالسداب والكراث والنمغ والهندبا والطرخون والكرفس والقصب الفارسي ، وأشجار الخلاف التي تقطع من الأرض كل مرة ، والرطب وهي القضب ويسميها أهل الشام الغصّة — بالصاد المهملة — والقت — بالطاء المثناة — وهو القرط . قال الأزهري : هو القت الذي تسميه أهل البوادي (١) وقد عطف المصنف القضب على القت فيقتضى أنهما متغايران ، وكلام النووي يدل على أن القضب والقت والقرط والرطبة شيء واحد ، ولذلك صرح به القاضي أبو الطيب ، ولكنه بلغه العراق الرطبة ، وبلغه أهل بلادنا القرط ، وبلغه الشام الغصّة والصواب أن القت والرطبة شيء واحد ، وأن القرط الذي ببلادنا شيء آخر ، والرطبة توجد أيضا في صعيد بلادنا ، والله أعلم .

ففي هذا القسم إذا باع الأرض وفيها شيء من ذلك ظاهر على الأرض فالجدة الظاهرة عند البيع للبائع ، لا خلاف في ذلك ، لأنها ظاهرة في الحال لا تتراد للبقاء ، فلم تدخل في البيع الا بالشرط كالثمرة

(١) كذا بالأصل ولعل صوابه مع جبر ما سقط منه هكذا : تسميه أهل البوادي الصفصافة ، راجع المصباح : (الطيعي)

المؤبرة ، وفي دخول أصولها الكامنة في الأرض في بيع الأرض الخلاف الذي في الأشجار ، هكذا ذكره العراقيون والصيدلاني وغيرهم ، وعن الشيخ أبي محمد الجويني القطع بالدخول هنا ، والفرق بينها وبين الشجر أن هذه كامنة في الأرض نازلة منزلة أجزائها بخلاف الأشجار ، فإنها بادية ظاهرة مفارقة للأرض في صفتها ، هكذا حكى عنه في النهاية والبسيط والشرح ووقع في الوسيط أن الشيخ أبا محمد قطع بأنه كالزرع يعني فلا يدخل ، وذلك خلاف المشهور عن الشيخ أبي محمد قال ابن الرفعة : ولو صح ذلك عن الشيخ لأمكن أن يقال في الفرق بينه وبين الشجر أن مدة ابقائه في الأرض قد تعلم ، فلا يكون مرادا للدوام بخلاف الشجر ، وأيد ذلك بالوجه الذي حكاه الرافعي في البنفسج والنرجس أنهما كالحنطة والشعير ، إذ لا يظهر فرق بين هذين وبطريقة حكاها الماوردي في البطيخ ، وما يوجد مرة بعد أخرى لكن في عام واحد ، أنه كالزرع فيكون للبائع ، قال : فقد يحصل لما في المسألة ثلاثة أوجه .

(قلت) يعني ثلاث طرق القطع بالدخول ، والقطع بعدم الدخول ، وأجراء الخلاف ، والله أعلم . لكن شرط اثبات هذه الطرق أن تتحقق نسبة الطريقة التي في الوسيط الى قائل ، والأظهر أن ذلك وهم ناسخ لمخالفتها ما في البسيط والنهاية ، وقد رأى الامام أن القياس طريقة أجراء القولين ، وخالف ما نقله عن والده ، قال : إذ لا يلوح فرق بينها وبين الغراس والأبنية ، وقول ابن الرفعة بأن مدة بقاء أصولها قد تعلم — ان سلم معارض بأن بعض الأشجار قد يكون كذلك ، ولكن تارة تطول مدته وتارة تقصر ، نعم مقتضى الوجه الذي نقله الرافعي في البنفسج والنرجس أنه يثبت ثلاثة أوجه بذلك وان لم يثبت ما عندى الى الشيخ أبي محمد من جعلها كالزرع .

(فان قلنا) بأن الأصول لا تدخل في بيع الأرض ، فهي باقية على ملك البائع ، والخيرات كلها على ملكه الموجودة عند العقد والحادثة ، والكلام في وجوب تبقيتها كما تقدم في الأشجار (وان قلنا) بظاهر المذهب ، وأن الأصول داخلة قال صاحب التهذيب : فلا يجوز حتى يشترط البائع على نفسه قطع ما هو ظاهر منه ، لأنه يزيد فيختلط

المبيع بغير المبيع ، وتبعه على ذلك الرافعي ولم يذكر فيه خلافا
والذى ذكره الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمتولى والقاضي
حسين أن البائع يطالب بجذها في الحال وليس له أن يتركها حتى تبلغ
أوان الجذاذ لأن تركها يؤدي الى الاختلاط وسكتوا عن وجوب اشتراط
القطع في العقد بل زاد الماوردي على ذلك فحكي وجهين في أنه هل
ينتظر به تنهاى جذاه ؟ .

(أحدهما) ينظر فاذا بلغ الحد الذى جرت العادة بجذاذه عليه
فقد انتهى ملك البائع ما بعد تلك الجذوة بكمالها للمشتري ، قال :
وهذا قول من زعم أن ما أطلع من ثمار النخل بعد العقد للبائع
تبعها لما أطلع منها وأبر . (والوجه الثانى) أنه لا ينظر به كمال
جذاذه ، بل يكون للبائع ما ظهر منه وقت العقد وليس له حق في
غيره ، وبه قال أبو اسحاق المروزي ويمر بجذاذه ، وإن لم يستكمل ،
ويكون الأصل الباقي وما يستخلف طلوعه بعد العقد تابعا للأصل ،
وهذا قول من زعم أن ما أطلع من ثمار النخل من بعد العقد يكون
للمشتري ولا يكون تبعاً لما أطلع منها وأبر ، وهذا البناء الذى أشار
اليه الماوردي يقتضى أن يكون الصحيح على طريقة أبى حامد
الاسفرايينى والرافعي أن القلع لا يجب عقيب العقد حتى تتكامل
تلك الجذوة ، لأن الصحيح عندنا أن ما أطلع بعد البيع تابع لما أبر قبل
البيع ، فيكون للبائع ، وإن كان الأصح عند الماوردي أنه للمشتري
ولا يلزم الشيخ أيا حامد أن يقول بأنه لا يجب القطع إلا أن يسلم
البناء المذكور ويفرق بين الصورتين بأن للطلع حدا ، وهو نهاية ذلك
الحمل الذى أطلع بعضه وأبر ، وجرت العادة بالتلاحق فيه ،
بخلاف الرطبة فإنها كلها كالحمل الواحد ، وقد نص أبو حامد في تعليقه
على هذا الفرق ، لكن في التبعية فقال : ان للطلع حدا ينتهى اليه ، وليس
للرطبة حد ، هذا فرق الأصحاب ، وفرق من عند نفسه بفرق آخر ،
وهو أن لا منفعة للمشتري في قطع الثمرة ، وللبائع منفعة في قطعها ،
والرطبة في قطعها فائدة للمشتري ، وفي تركها فائدة للبائع لأنها تزيد ،
انتهى .

وما قاله أبو حامد وصاحب التهذيب والرافعي لم يلاحظوا فيه
الوجه الذى نقله الماوردي من أنه ينتظر به تنهاى جذاه ، فإن

قلنا به فلا يجب القطع أصلا هو بتعليقه مصادم لقول أبي حامد :
انه ليس للرطوبة جذ توجد عليه (وان قلنا :) انه ليس للبائع الا ما كان
ظاهرا فيجب القطع ، وأما كونه يشترط شرطه في العقد فقد يقال :
انه لا حاجة الى ذلك لأنه اذا كان القطع واجبا بمقتضى العقد فلا
حاجة الى شرطه فانه انما يشترط القطع في الثمار لأن مقتضى الاطلاق
فيها الابقاء ، وهذا هو الأقرب الى كلام الروياني ، فانه قال : اذا
باع الأرض مطلقا وهناك بيت ظاهر فهو للبائع باطلاق العقد وعلى
البائع نقله في الحال وهكذا عبارة صاحب التتمة وغيره .

ويحتمل أن يقال : لا بد من شرط القطع ، كما أنه لا بد من
شرط القطع في بيع الثمرة التي يعلم أنها تتلاحق وتختلط على ما
سيأتى ، ولا يفرق بين اختلاط المبيع بغيره ، وبين اختلاط ثمرة
المبيع ، بدليل أن الحكم مطرد فيما اذا باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة
واختلطت بغيرها على الطريقة الصحيحة الا أن يقال : ان الثمرة
هى المقصود الأعظم من الشجر ، أو كل المقصود ، وأما أصل الرطوبة
الموجود في الأرض فليس هو كل المقصود من الأرض ولا معظمه .

وسأجمع ان شاء الله تعالى هذه المسائل جملة في آخر الباب ،
عند الكلام فيما اذا باع ثمرة يعلم اختلاطها بغيرها وقد انتظم
في هذه المسألة ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يجب شرط القطع في العقد ،
وهو ما قاله البغوى والرافعى (والثانى) لا يجب ولا يكلف به
الا أن تتكامل الجدة ، فتكون كلها للبائع (والثالث) أن البائع يكلف
القطع حال العقد ، ولا نقول : أن شرط ذلك واجب في العقد ،
وهو مقتضى كلام أبي حامد وأبى الطيب والمتولى والرويانى ، فان لم
يجذ البائع حتى زادت في ملك المشتري واختلطت ، فيخرج على القولين
في الاختلاط ، قاله الفورانى ، والله أعلم .

(فرع) بنى الماوردى على الوجهين اللذين ذكرهما ما اذا كان
الزرع بذرا لم يظهر بعد ، قال : فمن انتظر بها تنهاى الجذاه
جعل ما ينبت من هذا البذر أول جذة للبائع ، ومن لم ينتظر به
النتاهى وجعل حق البائع مقصورا على ما ظهر جعل البذر وجميع
ما يظهر من نباته للمشتري ، ولك أن نقول : الموجب لانتظار تنهاى

الجذاذ كونه ملك الظاهر وتبعية الباطن من تلك الجذة للظاهر منها ،
وهذا المعنى مفقود فيما إذا لم يكن ظهر منها ، فينبني الجزم بأنها
تكون المشتري كالثمرة غير المؤبرة ، لكن هذا الوجه مع بعده
وغرابته هو مقتضى كلام الشافعى فى الأم اذ قال :

« وان كان البائع قد أعلم المشتري أن له فى الأرض التى
ابتاعها بذرا سماه لا يدخل فى بيعه ، فاشترى على ذلك ، فلا خيار
للمشتري ، وعليه أن يدعه حتى يصرم ، فان كان مما يثبت من الزرع
تركه حتى تصرفه ، ثم كان للمشتري أصله ولم يكن للبائع قلعه ولا
قطعه ، وان عجل البائع ففعله قبل بلوغ مثله لم يكن له أن يدعه
يستخلف ، وهو لمن وجد ثمرة غضة ، فليس له أن ينتظر أخرى ، حتى
يبلغ ، لأنه لم يكن له مما خرج منه الا مرة واحدة ، فيعجلها ولا يتحول
حقه فى غيرها بحال » .

ولذلك اطلاق صاحب التنبيه فى قوله : والجذة الأولى للبائع ،
يشمل بعمومه ما اذا كان منها شىء ظاهر ، وما اذا لم يكن وظن
ابن الرفعة أنه لا قائل بذلك من الأصحاب بعد حكايته نص الشافعى ،
كانه لم يقف على الخلاف الذى حكاه الماوردى فاذا نص الشافعى
واطلاق صاحب التهذيب موافق للوجه الذى حكاه الماوردى وليس
لقائل أن يحمل النص المذكور على ما اذا اشترط البائع واستثنى
ذلك لنفسه كما دل عليه أول كلام الشافعى ، لأنه لو كان كذلك واشترط
البائع البذر لنفسه كانت الأصول وكل جذة تحصل له وقد صرح الشافعى
بعدم ذلك وأنه ليس الا الجذة الأولى . فان تعسف متعسف وحمله
على ما اذا اشترط البائع أن الجذة الأولى له ففيه نظر ، يحتمل أن
يقال بالصحة ، كما لو استثنى الثمرة غير المؤبرة ، ويحتمل أن يقال
بالفساد ، فانه قد لا يتميز حق البائع من حق المشتري بخلاف الشجر
مع الثمر ، فانهما متميزان ، وبالجمله فالوجه المذكور ضعيف غريب ،
والصحيح المشهور أن البذر وجميع ما يظهر من المشتري ومن الواضح
أن صورة المسألة فيما تتكرر ثمرته ، والله أعلم .

(فرع) باع الأرض وفيها البقول المذكور بعد جذها ، فليس
على الأرض منها شىء ظاهر يقال : انه للبائع ، وما فى بطنها من العروق

جزم القاضي أبو الطيب بدخوله في البيع ، وذلك بناء منه على أن الشجر يدخل في البيع ، فالطرق الجارية فيه وفي أصول البقول إذا كان منها شيء ظاهر جارية هنا من غير فرق ، وأما الوجهان اللذان ذكرهما الماوردي في البذر وتكلمت عليهما آنفا فالقياس إخراجهما هنا أيضا ، وإن كان الأصح أن ذلك للمشتري ، لأنه ليس ثم شيء ظاهر يستتبع ما ليس بظاهر .

(فرع) إذا كان في الأرض أشجار خلاف (١) يقطع من وجه الأرض كل مدة ، قال صاحب التهذيب : حكمها حكم القصب الفارسي ، وقال الرافعي : حكمها حكم القصب ، والمراد واحد ، وهو أن حكمها حكم القسم الثاني الذي فرغنا منه .

(أما) إذا كان فيها جذوع خلاف ، عليها قوائم ، فهي بمفرلة أغصان سائر الأشجار .

(فرع) إذا قلنا بوجوب القطع فيما كان ظاهرا عند العقد من البقول (أما) على ما اختاره الرافعي رضي الله عنه من وجوب شرط انقطع (وأما) على الوجه الثالث ، قال صاحب المنتمة ، ثم الرافعي عنه أنه لا فرق بين أن يكون ما ظهر قد بلغ أو أن الجذ أو لم يكن ، وأطلقا ذلك الحكم من غير تفريق لأنهما لم يذكرنا الوجه الثاني الذي ذكره الماوردي ، واستثنيا من ذلك القصب ، فإنه لا يكلف قطعه إلا أن يكون ما ظهر قدرا ينتفع به ، وكذلك قال الشيخ أبو حامد : القصب الفارسي إذا كان للبائع لم يلزمه نقله وتحويله إلى وقت قطعه في العادة ، وهو زمان الشتاء فإنه إن قطع قبل ذلك الوقت تلف ، ولا يصلح شيء ، وكذلك الروياني والجرجاني قالا : إن البائع يمكن حتى يقطعه إذا جاء وقته ، لأن له وقتا يقطع فيه .

ولك أن تقول اشكالا على الرافعي : أنه إذا كان البيع يجب فيه شرط القطع ، فاما أن يكون ذلك عاما فيما ينتفع به وما لا ينتفع به أو لا ، فإن كان عاما فيجب الوفاء به ، وإن كان محله فيما ينتفع به فلا وجه لاستثناء القصب وحده بل كل ما لا ينتفع به ، والقول بوجوب شرط القطع

(١) بضم الخاء وفتح اللام مع التشديد ، وهو ما يسمى في ديار مصر بالربة . (المطيعي)

فبما لا ينتفع به بعيد ، ألا ترى أن بيع الثمرة قبل بدو الصلاح انما يجوز بيعها بشرط القطع اذا كان المقطوع مما ينتفع به (فان قلت :) ذاك لأن المنفعة شرط في المبيع والمقطوع هنا غير مبيع (قلت :) لكنه فيه أضاعة مال فيمتنع شرطه لذلك ، نعم قد يقال ان هذا يجب قطعه ، وأن لم يشترط ، لأنه يصير في ملك المشتري على أصله فلا يلزمه ابقاؤه واذا لم يلزم فيجوز اشتراط قطعه وفوات ماليته مقابل لما يحصل للبائع من ثمن المبيع ، فقد يكون له غرض في اغتفار ذلك بازائه ، وهذا الاشكال الثاني يعينه لازم لصاحب التتمة والشيخ أبى حامد ، ولكن الشيخ أبى حامد ليس في كلامه تصريح بقصر ذلك على القصب ، فلعله يقول به في كل ما لا ينتفع به اذا قطع ، بخلاف صاحب التتمة ، فان ظاهر كلامه الفرق بينه وبين الزرع في ذلك .

وقد يؤخذ من كلام أبى حامد المتقدم جواب على ذلك من قوله : ان للقصب وقتا يقطع فيه ، فان ذلك يقتضى تشبيهه بالزرع الذى يجب ابقاؤه لما قدمه الرويانى في الفرق من المعنى ، أن له وقت نهاية ، والرطوبة ليس لها وقت نهاية ، لكن ذلك بعيد ، لأن كلا من الرطوبة والقصب الفارسى له وقت يؤخذ فيه في العادة ، ويزيد بعده بخلاف الزروع التى بعد وقت أخذها لا تزيد شيئا ، والله تعالى أعلم .

(فرع) من البقول ما يبقى أصله سنين وهو الذى تجرى فيه الأحكام المتقدمة ، ومنه ما يبقى سنة واحدة يجيء مدة بعد مدة في السنة ، قال الشيخ أبو حامد : حكم هذا عندى حكم الزرع كله للبائع ، الا أن يشترط المبتاع ، فهذا ذكره الشيخ أبو حامد في هذا القسم الثانى ، وهو ما يجز مرة بعد أخرى ، وذكر الماوردى في نظيره من القسم الأول وهو ما يثمر مرة بعد أخرى ، لكن في عام واحد كالبطيخ والخيار والبقاء ذكر فيها وجهين (أحدهما) وهو قول البغداديين أنه في حكم الشجر ، فيكون للبائع من ثمرته ما قد ظهر ، وللمشتري الأصل وما يظهر (والوجه الثانى) وهو قول البصريين أنه في حكم الزرع ، فيكون للبائع أصله وثمره ، لأنه زرع عام واحد ، وان تفرق لقاط ثمره ، والشجر ما بقى أعواما والحق به ما بقى أعواما كالعلف ، ولم يلحق به ما بقى عاما واحدا ، والرويانى جزم القول فيما يجز دفعة بعد أخرى بالنسوية بين ما يبقى مدة يسيرة كالهنديا والجرجير ، وما يبقى

سنين . ومقتضى كلامه أن ذلك منصوص عليه في الأم ، وحكى مع ذلك ما نقله الماوردي .

(فرع) ظهر لك مما تقدم أن الأقسام فيما لا يؤخذ مرة بعد أخرى أربعة (الأول) أصل له ثمرة بعد ثمرة وأصله يبقى سنين في الأرض .

(والثاني) أصل له ثمرة بعد ثمرة يبقى عاما واحدا .

(الثالث) أصل له ثمرة لكنه يجذ مرة بعد أخرى ويبقى أصله سنين في الأرض .

(الرابع) أصل يجذ مرة بعد أخرى في عام واحد وهذا هو الذي نقلته فيما تقدم عن الشيخ أبي حامد ، وما ذكره الماوردي في القسم الثالث من الخلاف يأتي فيه إذا لفرق بينهما ، والله أعلم . وهذه الأقسام الأربعة كلها في القسم الأول من القسمين اللذين ذكرهما المصنف ، وبذلك تعرف مراتب الأمثلة التي ذكرها ، فالبنفسج والنرجس من القسم الأول ، والبطيخ والقثاء من القسم الثاني ، والنعنع والهندبا والرطوبة منه ما يبقى سنين في الأرض ، فهو من القسم الثالث ، ومنه ما يبقى سنة واحدة كقرط بلادنا وكثير من بقولها ، فهو من القسم الرابع ، والله عز وجل أعلم .

(فرع) الموز أصله لا يحمل الا سنة واحدة ، ثم يموت بعد أن يستخلف مكانه فرخا يحمل بعد ذلك ، فإذا باع الأرض وفيها شجر موز فلا شك أنه إذا كان عليه ثمرة يكون الثمر للبائع ، فقد مر ذلك في كلام المصنف ، والكلام هنا في أن أصل الموز نفسه هل يدخل في بيع الأرض ؟ كما يدخل الشجر أو لا ؟ وقد تقدم عن صاحب التهذيب أنه عده في القسم الأول . وأن الأصول تدرج على أصح الطرق كالشجر ، وكأنه رأى أن اسم الشجر يطلق عليه فلذلك أجرى عليه حكمه ، والذي قاله الماوردي أن الأصل الموجود وقت العقد لا يدخل في البيع كالزراع ، لأنه لا يبقى بعد سنة ، والفرخ الذي يستخلف كالشجر يدخل في البيع .

(قلت :) وقوله : ان الفرخ يدخل في البيع ، ان فرض في فرخ يحدث بعد البيع فلا معنى لتثنيته بالشجر ، ولا يقال : انه دخل

في عقد البيع ، بل ذلك كسائر ما يحدث يستحقه المشتري بحكم الملك لا بحكم الدخول في العقد ، وإن فرض في فرخ يكون حاصلا عند العقد فقد يقال : ينبغي على قوله أن لا يدخل ، لأنه لا يبقى لأنه ليس له أكثر من ثمرة واحدة كالزرع ، وقد قال الشافعي في الأم بعد ذكر بيع الأرض وفيها القصب : إذا باع أرضا وفيها موز قد خرج ، فله ما خرج من الموز قبل بيعه ، وليس له ما خرج مرة أخرى من الشجر الذي تحت الموز ، وذلك أن شجر الموز عندما يحمل مرة وينبت إلى جنبها أربع ، فيقطع ويخرج في الذي حولها ، وهذا الكلام محتمل لأن يكون المراد به أن ثمر الموز الموجود عند العقد للبائع ، وما يحدث بعده للمشتري ، وهذا صحيح لا إشكال فيه ، وليس فيه ما يشهد لما قاله الماوردي ، ولا لما قاله صاحب التهذيب ، فإن سألت عن حكم الشجرة نفسها على هذا التفسير ، ويحتمل أن يكون مراده به الشجرة نفسها ، وإن كان خارجا منها يكون للبائع ، وما نبت من فراخها يكون للمشتري ، فيوافق كلام الماوردي وهو الذي فهمه ابن الرفعة .

ولم يترجح عندي هذا الاحتمال على الذي قبله . لكنه يؤخذ من كلام الشافعي أن الفرخ الحادث بعد البيع للمشتري ، لقوله : إن ما خرج مرة أخرى ليس للبائع ، فإن كان مراده الفرخ فذاك ، وإن كان المراد ثمرته فيلزم من كون الثمرة للمشتري أن يكون الأصل له ، وهذا لا شك فيه في أن الفرخ الحادث بعد البيع للمشتري ، وإذا ثبت ذلك دل على أن أصل شجر الموز الذي هو مستقر في الأرض يدخل في بيعها ، لأن الفرخ الذي حكمنا بكونه للمشتري يثبت منه .

(وأما) الفرخ الموجود وقت العقد وهو ينبني على الاحتمالين اللذين ذكرتهما في كلام الشافعي رضي الله عنه في قوله : فله ما خرج من الموز قبل بيعه إن كان مراده الثمرة فلا دلالة فيه ، وإن كان مراده الشجرة نفسها فيشمل الأم وفراخها ، وكلام الجوري يشهد للتفسير الأول فإنه قال في معرض نقل كلام الشافعي : فإن باعه أرضا وفيها موز فللبائع ما خرج من الموز ، وليس له ما يخرج بعد ذلك ، ولا ما لا تخرج أولاده التي إلى جنبه ، فقوله : ولا ما تخرج أولاده يدل على أن الكلام في الثمرة فإن الحقنا ذلك بالرطوبة اقتضى

أن لا يدخل شيء بما ظهر في البيع لا الأم ولا فراخها ، كما ذلك مقتضى هذا الاحتمال ولذلك لا تجوز المساقاة عليه جزماً كما يقتضيه كلام الماوردي في باب المساقاة ، وإن الحقناه بالشجر اقتضى دخولهما .

وقد يقال : تلحق الأم بالرطوبة لقرب قطعها ، وأما الفرخ فإنه يقصد بقاءه حتى تقطع الأم ويكبر وتحدث ثمرته بعد ذلك فكذلك بقول : أن الفرخ يدخل لشبهه بالشجر في كونه مقصود البقاء ، والأم لا تدخل كما يقتضى ذلك كلام الماوردي ، فنظرت في هذه الاحتمالات الثلاثة أيها أرجح ، فوجدت أرجحها على مقتضى المذهب أنهما يدخلان الأم والفرخ ، كما قاله صاحب التهذيب ، فإن الذي بلغنى من حال الموز من له فيه معرفة يخالف حال الرطوبة ، فإن شجرة الموز ينبت إلى جانبها من أصلها فراخ فإذا تكامل حمل الشجرة الأصلية قطع عرجون الموز مع شيء من رأس الشجرة ، ويبقى بقيتها لأجل تربية الفرخ ، وأنه متى قطعت كلها يموت الفرخ ، فبقى لأجله حتى يتكامل الفرخ وتجف هي ، وتتساقط بنفسها إلى الأرض ، فيخلفها ذلك الفرخ ويطرح الموز ، وهكذا على الترتيب لا بد من بقاء الأم لتربية أولادها ، ولا يكون من أولادها إلا واحد ويقطع الباقي أثلاً يضر بأمه ويشرب ماءها .

فاذا علمت أن شجرة الموز لا يمكن قطعها من أصلها لافساد فرخها ، وأن فرخها لا ينتج بدونها ، ظهر لك الفرق بينها وبين الرطوبة ، فإنه لو قلنا للبائع : أن يقطع ما ظهر من الموز ويبقى الجذر في الأرض وحده ، لم ينبت بعد ذلك منه شيء لم ينتفع به المشتري فلا يمكن القول بعدم دخولها في البيع لذلك ، ولذلك لا يمكن القول بعدم دخولها في الأم ودخول الفرخ ، لأنه كان يكون للبائع قطع الأم فينتلف الفرخ ، فلا بد من إبقائهما ، وهو قول صاحب التهذيب ، والله أعلم .

والظاهر أن مراد الماوردي بالفرخ الذي يكون للمشتري ، ما حدث بعد البيع ، وقد يطلق على مثل ذلك أنه داخل في العقد توسعاً في العبارة ، ووقع في كلام الماوردي أن الفرخ يحمل في العام القابل ، وقد أخبرني بعض أهل المعرفة بذلك أنه لا يقيم سنة بل تارة تكون

أقامته شهرين ، وثارة أكثر من ذلك ، فلعل مراد الماوردي بالسنة المدة التي تبقى فيها كما يقال سنة الزرع ، وإن كان لا يراد حول كامل ، وقد ظهر أن الموز نوع غريب لم يشملته التقسيم ، لأن له أصلا ثابتا ، ولا يحمل الا مرة ، ويستمر جذره في الأرض سنين ولا يجذ كالرطوبة ، والله أعلم .

(فرع) لو كان في الأرض جزر أو سلق أو ثوم أو فجل أو بصل ، قال صاحب التهذيب : لا يدخل شيء منها في بيع الأرض ، يعني ويكون ذلك من حكم التقسيم الذي سيأتى ، وهو الزرع الذى لا يحمل الا مرة ، وكذلك الرافعى ، الا أنه لم يذكر البصل ، ولو باع أرضا فيها جزر أو فجل بجزرها وفجلها نقل الماوردي عن الافصح وجهين (أحدهما) لا يجوز (والثانى) يجوز تبعا .

(فرع) هذه الأحكام التى تقدمت كلها فيما اذا أطلق البيع ، أما لو باع الأرض وشرط ذلك للمشتري ما يحصد مرة بعد أخرى كالبقول ، فللمشتري الفروع والعروق ، قاله صاحب التتمة ، وفرق بين هذه حيث يقول عند الاطلاق : لا يدخل ما ظهر منها ، وبين الشجر ، بأن هذه لا تتراد للدوام ، وهى نماء ظاهر ، فصارت كالثمرة المؤبرة والشجرة تتراد للدوام فاستوى فرعها وأصلها ، وصار الجميع للمشتري .

(القسم الثانى) من كلام المصنف . وهو الثالث من التقسيم الذى ذكرته أولا . ما لا يحمل الا مرة كالحنطة والشعير والباقل والكثان . فلا خلاف أنه لم يدخل في الأرض الا بالشرط لما ذكره المصنف . والطلع المؤبر الذى جعله مقيسا عليه ثبت حكمه بالحديث المتقدم : « من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتاع » .

وقوله نماء (ظاهر) احتراز من الطلع الذى لم يؤبر (وقوله) لا يراد للبقاء احتراز من الغراس اذا قلنا يدخل في بيع الأرض على ظاهر المذهب ، والرافعى رحمه الله اقتصر على التعليل بعدم الدوام والثبات قال الماوردي : (فان قيل) الثمرة قبل التأبير مستقبقة

لكامل المنفعة لم تجن وهي داخلة في البيع ؟ فهلا كان الزرع مثلها ؟
(قيل :) الفرق بينهما أن الثمرة حادثة من خلقة الأصل المبيع ،
والزرع مستودع في الأرض بفعل الآدمي : ألا ترى أن الأرض يدخل
فيها المعدن لأنه خلقة في الأرض ، ولا يدخل فيها الركاز لأنه مستودع
فيها .

واعلم أن الترجمة عن هذا القسم تشمل الموز لأنه نبات لا يحمل
الأمرة واحدة ، لكن لا قائل بأن جذره الثابت في الأرض لا يدخل ،
بخلاف الحنطة والشعير ، فالمراد حينئذ بهذا القسم ما لا يحمل إلا
مرة ، وليس له أصل ثابت في الأرض ، وبذلك يخرج الموز ، فإن
له أصلاً ثابتاً ، منه تنبت الفراخ ، وعلى هذا ينبغي أن يقال في القسم
الحاضر : النبات أما أن يكون له أصل ثابت في الأرض أو لا ، فالأول
أما أن يكون يحمل مرة واحدة كالوز ، أو مرات ، فأما في عام واحد
كالبطيخ ، أو في أكثر كالرطوبة ، وسائر ما يجذ ويثمر مرات ، والذي
لا بقاء لأصله هو الزرع ، فالحنطة والشعير وشبههما . أو نقول :
النبات أما أن يثمر ويجذ مرات . أو مرة واحدة فالأول أما في عام
واحد أو في أعوام ، والثاني أما أن يبقى أصله كالوز أو لا يبقى
كالحنطة والشعير .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وفي بيع الأرض طريقان : من أصحابنا من قال : فيه قولان ،
لأنها في يد البائع إلى أن يحصد الزرع ، فكان في بيعها قولان
كالأرض المستأجرة ، ومنهم من قال : يصح بيع الأرض قولاً
واحداً لأن المبيع في يد المشتري ، وإنما يدخل البائع للسقي
أو الحصاد ، فجاز بيعه قولاً واحداً كالأمة المزوجة) .

(الشرح) الطريقان مشهوران ، والأولى منسوبة إلى أبي إسحاق
المروزي ، وجمهور الأصحاب على الطريقة الثانية ، وهي التي صححها
الرافعي وغيره وقاسوها على بيع الدار المشحونة بأمتعة البائع ،
وعلى بيع الأمة المزوجة ، وفرقوا بينها وبين الدار المستأجرة بأن يد
المستأجر حائلة بكل حال ، فكان كما لو أجز أمته ثم باعها بطل

البيع على أحد القولين ، ولو زوجها ثم باعها صح البيع قولاً واحداً ، وذكر الشيخ أبو حامد أن الأصحاب فرقوا بفرقين آخرين لا يتضحان لم نذكرهما ، ورد الجمهور طريقة التخيير على القولين بأنه لو كان في معنى تلك الصورة لوجب القطع بالفساد لأن مدة بقاء الزرع مجهولة ، ألا ترى أن بيع الدار التي استحققت المعتدة سكنها ، إذا كانت العدة معلومة كالأشهر فيها قولان ؟ وإذا كانت مجهولة كالحمل والأقراء بطل قولاً واحداً .

وذكر ابن الرفعة سؤالاً قد يعترض به على هذا ، وهو أن لأبي إسحاق أن يقول : مدة الزرع — وإن لم تعلم يقيناً — فالعرف الغالب يضبطها ، فإن فرض مخالف فنادر ، وزمنه يسير مغتفر ، والمنع من بيع دار المعتدة بالأقراء ليس لما ذكر ، بل لأنها قد تموت فتكون المنفعة عائدة للمشتري ، ولهذا نقول على طريقة قاطعة لا يصح ، وإن كانت عدتها بالأشهر ، وهذا السؤال مندفع بمن لها عادة مستقيمة في الأقراء والحمل ، فإنه لا يصح بيع الدار التي استحققت سكنها للعدة ، وإن كانت العادة تضبطها ، فلما لم يغتفر ذلك كذلك لا يغتفر مثله في مدة الزرع .

(وقوله :) أن المنع من بيع دار المعتدة بالأقراء ليس لما ذكر إلى آخره لا يحسن ، فإن الكلام إنما هو في القطع بالفساد ، ولا يجوز أن تكون العلة في ذلك ما ذكره والا لقطعنا بالفساد في دار المعتدة بالأشهر ، فمستند القطع بالفساد في دار المعتدة بالأقراء والحمل وعدم اجراء الخلاف فيه إنما هو الجهالة .

(وأما) قوله : أن المنافع تكون عائدة للمشتري ، فاعلم أن المنقول في توجيه الطريقة القاطعة التي ذكرها أن منفعة الدار المعتدة فيها ليست مملوكة للمعتدة ، فإنه لو ماتت كانت منافعها للزوج ، فيكون إذا باعها كمن باع داراً واستثنى منفعتها لنفسه مدة معلومة ، والظاهر فيه البطالان ، والذي يليق بهذه الطريقة إذا صححنا بيعها أن تكون المنافع باقية على ملك الزوج إن كان مطلقاً ، أو ورثته إن كان ميتاً ، فإذا ماتت المعتدة بقيت منافع بقية المدة من الأشهر على الزوج أو ورثته ، ولا تكون للمشتري ، وإنما تكون للمشتري لو نزلنا استحقاق

المعتدة منزلة استحقاق المستأجر ، فحينئذ يجيء فيه الخلاف المذكور فيما إذا عرض ما يفسخ الاجارة : هل تكون منفعة بقية المدة للمشتري أو للبائع ؟ فيه وجهان ، فقد تبين أن السؤال المذكور غير متوجه ، والله أعلم .

(فان قلت :) الحاق بيع الأرض المزروعة بالدار المشحونة بالامتعة غير متجه لامكان الاشتغال بتسليم الدار عقيب العقد ، ووجوب ذلك ، فالمنفعة مستحقة للمشتري في تلك المدة بخلاف مدة بقاء الزرع والحاقيها بالامة المزوجة أيضا غير متجه لأن الامة المزوجة يمكن تسليمها الآن ووضع اليد عليها بخلاف الأرض المزروعة فان التخلية القائمة مع وجوب ابقاء الزرع غير حاصلة ، فوجب اما القطع بالبطلان الحاقا بدار المعتدة ، ولا قائل به واما اجراء الخلاف الحاقا بالعين المستأجرة كما قال أبو اسحاق .

(قلت :) شرط الحاق مسألة بأخرى اشتراكهما في مناط الحكم مع عدم الفارق ولا يكفي الاشتراك فيما ليس مناط الحكم في الأصل ، ولا شك أن بين المسائل الخمس قدرا مشتركا من جهة عدم حصول ملك المنفعة للمشتري عقيب العقد ، ولما اتفقوا على صحة بيع الامة المزوجة دل على أن ذلك غير مقتض لابطال البيع ، وأن مأخذ البطلان ليس هو عدم حصول المنفعة للمشتري بل عدم القدرة على تسليم العين لثبوت يد المعتدة والمستأجر الحائلتين بين المشتري وبينها ، وأما الأرض المزروعة والدار المشحونة ، والامة المزوجة ، فثلاثتها مشتركة في أنه لا يد حائلة فال مقتضى للبطلان اذا أجرى فيه لعدم اشتراكهما في مناط الحكم ، والأرض المزروعة لها شبه من كل من الدار المشحونة والامة المزوجة تشبه الدار المشحونة من جهة أن لكل منهما أمدا ينتظر ، ويفترقان في الانشغال بالتسليم عقيب البيع في الدار دون الأرض وتشبه الامة المزوجة في أن كلا منهما يستحق فيه استيفاء ملك المنفعة على المشتري ، ولا يجب ازالتها عقيب العقد ، ويفترقان في أن الزرع له غاية بخلاف النكاح ، فلذلك حسن قياسها عليها ، وقياسها على الامة أرجح ، كما فعل المصنف فانه قد يقال : ان منفعة الدار في مدة التفريغ مستحقة للمشتري ، ولذلك وجب على البائع تفريغها ،

فلم يكن البيع مملوك المنفعة بخلاف الأمة المزوجة والأرض المزروعة
فإن منفعتهما غير مستحقتين للمشتري مدة بقائهما •

ولم أعلم أحداً حكى في صحة بيع الدار المشحونة بالأمتعة
خلافًا وذكروا الطريقين في الأرض المزروعة قال الامام : ولا شك أن
القياس يقتضى التسوية بينهما ، إذ لا فرق ، ويمكن أن نقول ما ذكرناه
من تخصيص الخلاف بالأرض المزروعة • وحكى الامام في أن المشتري
إذا كان جاهلاً بأن الدار مشحونة هل يثبت له الخيار ؟ وجهان ،
والذهب ثبوته أما الأرض المزروعة فيثبت الخيار جزماً عند الجهل ،
سواء قلنا : أن تسليمها يمكن أم لا لعدم إمكان الانتفاع بها في
الحال ؟ إلا أن يختار البائع قلع الزرع ويكون غير ضار بالأرض فلا
خيار ، كما سيأتى الوجه الذى نقله الامام في عدم ثبوت الخيار في
الدار المشحونة بالأمتعة ، وأن الغالب في العادة اشتغال الدار على
أمتعة ثم إنها تفرغ بعد ذلك ، والله أعلم •

(التفرع) بائع الأرض المزروعة إذا خلى بينها وبين المشتري ،
فهل يحكم بصيرورتها في يده ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا ، لأنها
مشغولة بملك البائع كالدار المشحونة بالأمتعة (وأصحهما) على ما ذكره
الامام والغزالي والرافعي ، نعم لحصول التسليم في الرقبة وهى
المبيعة ، وأما الدار المشحونة فالتسليم فيها متأخر في الحال ، فلا حاجة
تدعو الى التخليقه قبله ، على أن الامام أورد فيها وجهاً أن اليد لا
تثبت فيها بخلاف الأرض وجعل في المسألتين ثلاثة أوجه ، وادعى
أن ظاهر المذهب ثبوت اليد فيها ، وحكاه غير الامام أيضاً •

وحكى الغزالي في البسيط وجهاً أن اليد تثبت في الدار ولا تثبت
في الأرض فيجتمع من نقله ونقل الامام أربعة أوجه ، ووجه الفرق على
الوجه المحكى في البسيط أن التشاغل بالتفرع ممكن ، فنزل الممكن
الذى لا عسر فيه منزلة الموجود ، قال ابن الرقعة : ولعل القائل بأنه
لا يحصل التسليم هو أبو اسحاق المروزي ، فلا يصح إبطال مذهبه ،
يعنى في البيع إلا باقامة الدليل على صحة القبض ، وهذان الوجهان في
صحة تسليم الأرض المزروعة يؤخذان من لفظ الكتاب ، فإنه ذكر

في تعليل الطريقة الأولى أنها في يد البائع وفي تعليل الثانية أن المبيع في يد المشتري وقد يقول الفقيه : هذان التعليلان متضادمان .

(والجواب) أن ذلك يحتمل ، إذا كان في أحد الكلامين زيادة كما في هذه الصورة ، فإن في تعليل الطريقة الثانية ما ينبه على دفع الخيال التعليل الأول ، وتبين أن قوله : أنها في يد البائع ليس كذلك ، لأن المبيع هو العين ، والعين في يد المشتري ، ودخول البائع لأجل السقي والحصاد المتعلقين بالزراع خاصة لا يمنع ثبوت اليد على العين ، والله أعلم .

(تنبيه) من قال بصحة تسليمها مزروعة لا شك أنه يقول بصحة البيع ، ومن لم يقل به يحتمل أن يقول بتخريجها على العين المستأجرة كما قال أبو اسحاق ويحتمل أن يجزم بالصحة ويفرق بما تقدم من أن العين المستأجرة عليها يد حائلة ، والأرض المزروعة في يد بائعها ، لكنه قد يكون الزرع لغير البائع وهو مستحق الإبقاء فيساوي يد الاجارة .

(فرع) لو انقطع الزرع قبل المدة لحاجة أو جذه البائع قبل وقت حصاده وجب عليه تسليم الأرض ، وليس له استبقاء الأرض ما بقى مدة الزرع ، لأنه إنما يستحق من الأرض ما كان صالحا لذلك الزرع ، قاله الماوردي والأصحاب ، ولو كان الزرع مما لو جذ قبل حصاده قوى أصله واستخلف ، وفرخ كالدخن فجذبه قبل حصاده كان له استبقاء الأصل الباقي إلى أو ان الحصاد لأنه من جملة ذلك الزرع ، وليس له استبقاء ما استخلف وفرخ بعد الحصاد ، لأنه غير ذلك الزرع ، وعلى البائع قلعه ، ولا يملكه المشتري كما يملك أصل القث الذي يجذ مرة ، لأن القث أصل ثابت ، والزرع فرع زائل ، واستخلاف بعضه نادر ، قال ذلك الماوردي .

(فرع) قال الرافعي : كل زرع لا يدخل في البيع لا يدخل ، وإن قال : بعت الأرض بحقوقها يحكى ذلك عن الشيخ أبي حامد ، قال الرافعي : ورأيت للمنصور التميمي في المستعمل أيضا (قلت :) وقد رأيت ذلك في تعليق أبي حامد في بيع القرية أنه إذا قال : بمزارعها

دخلت المزارع ، وان قال بحقوقها لم تدخل المزارع ، كما ذكره المصنف فيما تقدم (وأما) في الأرض فلم أقف عليه فيها .

(فرع) عندنا لا يؤمر البائع بقطع الزرع الذي له في الحال ، بل له ابقاؤه الى أوان الحصاد ، خلافا لأبي حنيفة رضى الله عنه ، فعنده منفعة الأرض مستحقة للمشتري ، فلذلك أوجب القطع ، وعندنا هي مستحقة للبائع ، فلذلك لم نوجبه ، وأوجبنا الإبقاء ، وعند وقت الحصاد يؤمر بالقطع والتفريغ ، ويجبر البائع عليه ، وعليه تسوية الأرض ، وعليه قلع العروق التي يضر بقاؤها بالأرض كمروق الذرة ، نص عليه ، كما اذا كان في الدار المبيعة أمتعة لا يتسع لها باب الدار ، ينقض وعلى البائع ضمانه ، وهكذا ذكروه وجزموا بوجوب التسوية ، وسيأتى فيه وجه مذكور في مسألة الحجارة عن صاحب التتمة ، وقياسه أن يأتى هنا .

(وأما) ضمان النقصان في باب الدار فقال القاضى أبو الطيب : في موضع الحجارة ان أمكن تقويم ما نقص من قيمة ما انهدم لزم البائع ذلك ، وان لم يمكن لزمه تسوية حلقة الباب ، وقال هنا : يحتمل أن يقال : يلزمه بناؤه كما يلزمه تسوية الأرض . وهو مقتضى كلام المحاملى والقاضى حسين .

(فرع) لو كان المشتري جاهلا بالزرع بأن كان رأى الأرض قبل ذلك ثم اشتراها وبها زرع . ولم يرها حين العقد . فله الخيار في فسخ البيع . لأن الزرع عيب يمنع منفعة الأرض . فان فسخ رجع بالثمن وان أقر فللبائع ترك الزرع في الأرض الى وقت حصاده . كما نقوله في الثمرة المؤبرة . وسيأتى ذلك ان شاء الله تعالى . فلو رضى البائع بتسليم الزرع للمشتري أو قلعه ويكون قلعه غير مضر بالأرض لم يكن للمشتري خيار نص عليه . وان كان المشتري عالما بالزرع فلا خيار له . قاله الماوردى والأصحاب . واتفقوا عليه . وهذا اذا لم يطرأ ما يقضى تأخر الزرع عن وقت الحصاد المعتاد . ولو طرأ ما يوجب ذلك ففيه كلام أذكره قريبا في فرع وجوب الأجرة .

(فرع) في وجوب الأجرة على البائع في مدة بقاء الزرع في الأرض . ان كان المشتري عالما فلا أجرة قطعا . وان كان جاهلا

فوجهان عن رواية صاحب التقريب والذي أورده المعظم أنه لا تجب
الأجرة وتقع تلك المدة مستثناة . كما لو باع دارا مشحونة بأقمشة لا
يستحق المشتري الأجرة لمدة التفريغ وهذا ما جزم به الماوردي
وخلافه (والأظهر) عند الغزالي والجرجاني الوجوب وجعل الامام
محل الخوف فيما اذا كان جاهلا . قال الروياني : انما تجب الأجرة
اذا زرعها بعقد الاجارة أو بغير حق . وهنا لم يوجد واحد منهما ،
ثم وهنا كلامان (أحدهما) أن هذا الخلاف هل محله اذا اكتفينا بالتخلية
وجعلناها قبضا ، أو اذا لم نكتف بها ؟ أو هو على الاطلاق ؟ .

قال ابن الرفعة : ما ذكر من التعليل يقتضى أن ذلك يختص بحالة
عدم الاكتفاء قال : والأشبه أن يقال : ان اكتفينا بها فالخلاف
متوجه . وان لم نكتف بها (فان قلنا :) الأجرة لا تجب أو اكتفينا
بالتخلية فهنا أولى (وان قلنا :) تجب . فهنا وجهان مبنيان على أن
البائع اذا انتفع بالمبيع قبل اقباضه هل تلزمه الأجرة أم لا ؟
وفيه خلاف (فان قلنا :) لا لم تجب هنا (وان قلنا :) نعم : وجبت
ولا ننظر الى أنه ثم متعدد ولا تعدى منه هنا . لأن باب الضمان
لا يختلف . وقال ابن الرفعة : انه لولا تعليل الامام يعنى تعليله وجه
عدم ايجاب الأجرة بقدرة المشتري على الفسخ . لولا هذا
التعليل لأمكن أن يقال : الوجهان في الرجوع بالأجرة انما هما قبل
التخلية أو بعدها . وقلنا : انها لا تكفى . ويكونان مبنيين على جنابة
البائع . فان قلنا : كالأجنبي ضمن الأجرة والا فلا .

قال الامام : وللخلاف نظائر في الحجارة (قلت :) والأشبه أن
الخلاف في وجوب الأجرة في مسألتنا هذه كما في مسألة الحجارة مطلق .
فيما اذا اكتفينا بالتخلية ، وفيما اذا لم نكتف بها . ومأخذه أن تقويت
المنافع هل هو كالعييب أم لا ؟ بل المنافع مستقلة متميزة عن المبيع ، كما
يشعر به تعليل الامام والغزالي وجه الوجوب في هذه المسألة
(فان قلنا :) بالثاني ضمنا مطلقا ولا أثر للاجارة في اسقاطها ولا فرق
في ذلك بين أن نقول يكتفى بالتخلية أو لا ، وهذا يوافق الوجه الذي
يقول في مسألة الحجارة بوجوب الأجرة قبل القبض وبعده ، وان
جعلنا تقويت المنافع بمنزلة التعيب اكتفت على أن جنابة البائع على
المبيع كالألفة السماوية أو كجنابة الأجنبي ؟ .

(ان قلنا :) كجناية الأجنبي ضمنها مطلقا قبل التخلية وبعدها ،
 اكتفينا بالتخلية ، وجعلناها قبضا ، أو اذا لم نكتف بها أو هو على الإطلاق
 — فان كان ذلك قبل التخلية — لم تلزمه الأجرة وان كان بعد
 التخلية — فان لم نكتف بها فكذاك وهذا قول من لا يوجب الأجرة
 في مسألة الحجارة مطلقا ، وان اكتفينا بالتخلية والفرض أن الزرع
 الذى هو عيب حاصل قبل القبض ، فلا تجب الأجرة أيضا لأنه بالاجارة
 رضى بذلك ، فان لم يكن له أجرة كما لو رضى بالعيب لم يكن له
 أرش ، فقد تلخص أن الخلاف فى وجوب الأجرة جار مطلقا اما قبل التخلية
 أو بعدها اذا لم يكتف بها . فمأخذ الوجوب أمران (أحدهما) الحاق
 البائع بالأجنبي (والثانى) أن المنافع متميزة عن المقصود فليس
 تفويتها بمنزلة العيب ، ومأخذ عدم الوجوب جعلها عيبا والحاق تعيب
 البائع بالآفة السماوية .

(وأما بعد) التخلية والاكفاء بها فمأخذ الوجوب أن المنافع متميزة
 غير معقود عليها كما تقدم ، أو الحاق البائع بالأجنبي ، ومأخذ
 الاسقاط جعل تعيب البائع كالآفة السماوية ، فاذا أجاز المشتري سقط
 حقه من الأرض ، لأنه قد رضى بالعيب كذلك هنا اذا أجاز سقط حقه من
 الأجرة بقية مدة ، لأن سببه متقدم قبل القبض وقد رضى به .

(فان قلت :) مقتضى ما ذكرت أن يكون الصحيح عدم وجوب
 الأجرة ، لأن الأصح عند الأكثرين أن جناية البائع كالآفة السماوية ،
 وقد جزم الرافعى بأن استعمال البائع المبيع يخرج على جنايته ، ان
 جعلناها كالآفة السماوية لم تجب ، والا وجبت ، فيخرج من ذلك
 أن الأصح فى مسألتنا أنه لا تجب الأجرة لا فى مسألة الزرع
 ولا فى مسألة الحجارة ، لكن قد تقدم فى مسألة الحجارة أن الأصح
 وجوبها بعد القبض وعدم وجوبها قبله ، وقد تقدم عن الغزالي
 والجرجاني أنه الأصح عندهما فى مسألتنا أيضا .

(قلت :) أما الغزالي فان الأصح عنده أن جناية البائع كالأجنبي ،
 فلا يرد عليه تصحيحه هنا الوجوب ، فان ذلك موافق ، وقد قدمنا عن
 الأكثرين فى مسألتنا أن الأصح عدم الوجوب ، وكذلك تقدم عن الشيخ
 أبى محمد فى مسألة الحجارة .

(وأما) ما تقدم عن الأكثرين في مسألة الحجارة من تصحيح الوجوب بعد القبض دون ما قبله ، فالفرق بينها وبين مسألتنا هذه أنه هنا إذا رضى بالزرع يلزمه إبقاؤه الى أوان الحصاد فالرضا بالزرع رضا بالابقاء الذي هو من لوازمه ، وكذلك لا تجب الأجرة .

(وأما) الحجارة فانه إذا رضى بها لا يلزمه إبقاؤها ، بل يجبر البائع على قلعها ، لكن لك أن تقول : ان مدة القلع أيضا قد رضى بها كما أن مدة قلع الزرع عند أوانه داخلة تحت رضاه ، وان كان القلع في ذلك الوقت واجبا فكان ينبغي أن لا تجب لها أجرة الا إذا زاد وأخر البائع ، فحينئذ تجب ، والله أعلم .

(تنبيه) ما حكيت في مأخذ وجوب الأجرة من أن المنافع متميزة عن المعقود عليه كذلك قال الامام والغزالي ، وهو يقتضى أن البائع إذا انتفع بالعين المباعة قبل القبض تجب عليه الأجرة من غير تخريج ، على أن جانيته كجناية الأجنبي أولا ، والذي ذكره الرافعي هو طريقة التخريج خاصة ، وما ذكروه هنا يقتضى طريقة أخرى ، كما أشرت اليه ، وهي ظاهرة فان جناية البائع والكلام فيها محله إذا ورد على المعقود عليه أو على بعضه من جزء أو صفة (أما) المنافع فللتردد في الحاقها بجزء المبيع أو صفته بحال ظاهر فان ثبت ذلك فيكون في استعمال البائع المبيع طريقان (أحدهما) وجوب الأجرة (والثاني) تخريجها على جانيته ، والله أعلم .

(فسرغ) وهو الكلام الثاني تقدم أن الامام جعل محل الخلاف في وجوب الأجرة في حالة الجهل (أما) في حالة العلم فلا تجب قطعا ، وكذلك تقدم في الخيار أنه لا يثبت الا في حالة الجهل (أما) في حالة العلم فلا ، قال ابن الرفعة : وهو ظاهر إذا لم يطرأ أمر يقتضى تأخر الزرع عن وقت حصاده المعتاد فان التبقية انما وطن المشتري نفسه عليها الى ذلك الوقت (أما) إذا تأخر عن الوقت المعتاد فقد يقال : انه يثبت له الخيار ، ويكون إذا أجاز في استحقاقه الأجرة الخلاف السالف ، وأصل ذلك أنه إذا علم عيبا بالمبيع وأقدم عليه فلا خيار ، فلو زاد ثبت الخيار على المشهور ، ثم قال : وإطلاق الشافعي رضى الله عنه يقتضى تركه الى الحصاد ، سواء تأخر عن

وقته المعتاد أم لم يتأخر ، ومراده بالحصاد أول أوقاته لا حقيقة الحصاد .

(فروع) ما تقدم من وجوب الإبقاء الى أوان الحصاد محله عند الإطلاق أو اشتراط التبقية اليه فلو شرط البائع قطع الزرع وتفريغ الأرض ، قال ابن الرفعة هنا : ففى وجوب البقاء بهذا الشرط تردد ، حكاه عن الأصحاب فى أواخر كتاب الصلح ، ووجه وجوب الوفاء ظاهر (وأما) وجه عدم الوجوب (١) .

(فروع) يشترط فى بيع الأرض المزروعة تقدم الرؤية على العقد . فان موضع منابت الزرع غير مرئى حالة العقد يدل على ذلك كلام الشافعى والأصحاب منهم المساوردى وغيره فانه قيل فى الفرع المتقدم أن يكون رآها قبل ذلك . قال المتولى : اذا أدرك الزرع فعليه الحصد والنقل الى مكان آخر فان أراد أن يدرس الزرع فى تلك الأرض وينقيه لم يكن له ذلك الا بالرضا . وان كان تلحقه بالنقل الى مكان مشقة ، والله أعلم .

(فروع) اذا شرط دخول الزرع فى البيع — فان كان بقلا أو قصبلا ، لم يبلغ أوان الحصاد — قال الماوردى والمحاملى وغيرهما من المتقدمين والمتأخرين : صح البيع فى الأرض والزرع ، ولا يلزم فى الزرع شرط القطع ، لأنه دخل فى العقد تبعا للأرض وصار كالثمرة التى لم يبد صلاحها اذا بيعت مع محلها ، وستأتى هذه المسألة فى الثمار ، وفيها بحث ، وان كان الزرع قد اشتد واستحصد فان كان مشاهد الحب كالشعير فالبيع صحيح فى الأرض والزرع ، وان كان غير مشاهد كالحنطة والعدس ففى بيعه مفردا قولان ، فان جوزنا فبيعه مع الأرض أولى ، وان منعنا ففى بيعه تبعا للأرض وجهان (أحدهما) يجوز كأساس البنيان (والثانى) لا ، لأنه مقصود ، فاذا بطل ففى بطلانه فى الأرض قول واحد للجهل بالحصاة من اختلاف أصحابنا فى تعليل تفريق الصفقة .

(فروع) اذا اشترى أرضا رآها قبل البيع ، ولم يرها حين

(١) بياض بالأصل ويمكن أن يكون السقط هكذا فلا دليل عليه ، والله

البيع ، فوجد فيها زرعاً ثبت له الخيار ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه وبعض الأصحاب ، وقد تقدم .

(تنبيه) مراد المصنف بالأرض المزروعة بزرع يحصد مرة واحدة ، كالحنطة والشعير ، فهي محل الخلاف في صحة بيعها ، أما المزروعة بزرع يحصد مرة بعد أخرى كالبقول فالعقد صحيح قولاً واحداً ، قاله صاحب التتمة ، وهو ظاهر ، لأنها كالشجر فينبغي أن ينبت لذلك لثلاً يظن أن ذكر المصنف لها بعد تقدم القسمين مقتضى لشمول الخلاف ، والله أعلم .

(فائدة) قوله : حتى يحصد يقال : أحصد الزرع أي بلغ أوان الحصاد ، فقال ابن داود في قول الشافعي : وإن كان فيها زرع فهو للبائع حتى يحصد بكسر الصاد . وقال : أنه أفصح وأصح في المعنى من فتحها لأنه إذا بلغ أوان الحصاد جذ على حصده ، وما ذكره من كلام الشافعي ظاهر ، وأما قول المصنف هنا : والحكم ببقاء ملك البائع مستمر إلى وجود الحصاد ، فيصح أن يقال : - بضم الياء وفتح الصاد - ويصح - بفتح الياء وكسر الصاد - أي حين يحصد البائع الزرع . ولا يصح حتى يحصد - بضم الياء وكسر الصاد - هنا ، أي حتى يبلغ أوان الحصاد لأن يده لا تزول بذلك ، فاليد مستحقة للبائع إلى احصاد الزرع ، ويد البائع ثابتة إلى الحصاد ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن باع أرضاً فيها بئر لم يدخل البذر في البيع . لأنه مودع في الأرض فلم يدخل في بيعها كالركاز ، فإن باع الأرض مع البئر ففيه وجهان (أحدهما) أنه يصح تبعاً للأرض (والثاني) لا يصح وهو المذهب ، لأنه لا يجوز بيعه منفرداً فلم يجز بيعه مع الأرض) .

(الشرح) فصل الأصحاب في البذر مثل التفصيل المذكور في أنبات ، فقالوا : البذر الذي لا تفاوت لبناته ، ويوجد دفعة واحدة لا يدخل في بيع الأرض . ويبقى إلى أوان الحصاد . وللمشتري الخيار إن كان جاهلاً به ، فإن أجاز أخذ الأرض بجميع الثمن ، لأن النقص الذي في الأرض بترك الزرع إلى الحصاد لا يقسط عليه الثمن .

فإن تركه البائع له سقط خياره ، وعليه القبول ، ولو قال : آخذته وأفرغ الأرض سقط خياره أيضا أن أمكن ذلك . وفعله في زمن يسير على وجه لا يفوت عليه الأرض ، وإن اشتراها وهو عالم بالبذر فلا خيار له ، وعليه تركه إلى أوان الحصاد والبذر الذي يدوم نباته كنبوي النخل والجوز واللوز وبذر الكراث والرطوبة ونحوه من البقول ، حكمه في الدخول تحت بيع الأرض حكم الأشجار .

هكذا ذكر هذا التفصيل الماوردي والقاضي أبو الطيب والرويانى والرافعى رحمهم الله وغيرهم . وإذا علمت أن البذر الذي يدور حكمه حكم الشجر (فإن قلنا :) الشجر لا يدخل صار حكمه حكم يذر الزرع في ثبوت الخيار وعدمه بالنسبة إلى حالة الجهل والعلم (وإن قلنا :) أنه يدخل على المذهب — فإن كان عالما فلا خيار . وإن كان جاهلا فإن لم يكن قلعه مضرا بالأرض فلا خيار . وإن كان مضرا أو يمضى فيه مدة فإن كانت الأرض تملك بعد ذلك بحيث يكون غرسها نقصا فيها فينبغى أن يثبت للمشتري الخيار ، ولم أر في ذلك نقلا ، والله أعلم .

هذا إذا باع الأرض وأطلق ، أما إذا باع الأرض مع البذر — فإن كان من البذر الذي حكمنا بدخوله في البيع — قال صاحب التتمة : كان تأكيدا ، ولك أن تقول : ينبغى أن يكون كما لو قال : بعثك الجارية وحملها ، وإن كان من البذر الذي لا يدخل وهو الذي تكلم فيه المصنف ففيه وجهان (أحدهما) يصح تبعا للحمل . وادعى هذا القائل أن الشافعى رضى الله عنه نص على ذلك في كتاب التفليس ، فقال : لو باع زراعا مع أرض خرج أو لم يخرج (والثانى) وهو الصحيح المشهور من المذهب أن البيع لا يصح في البذر للجهالة ولأنه مقصود في نفسه فلم يجز بيعه مع الأرض كالركاز ، ويخالف الحمل فإنه يتبع الأم في البيع المطلق . وهؤلاء أولوا نصه في التفليس على أن المراد خرج السنبل أو لم يخرج . فعلى هذا إذا بطل البيع في البذر ففي بطلانه في الأرض طريقتان :

(أحدهما) أنه على قولى تفريق الصفقة ، وهو الذى يقتضى إيراد الماوردي ترجيحها ، وجزم بها القاضي حسين والفارقي تلميذ المصنف وغيرهما ، وهذا إنما يكون على قولنا بأنه يختار بجميع الثمن .

(والطريقة الثانية) القطع ببطلان بيع الأرض ، ويقتضى إيراد

القاضي أبي الطيب ترجيحها وهي المذهب عند الروياني ، وهي مقتضى المذهب في أنه يختار بالقسط ، وجعل الروياني محل الخلاف إذا لم يجهل جنسه وصفته ، فإن جهلها لم يجز قولاً واحداً ، وهذا منه بناء على الطريقة المشهورة في بيع الغائب ، وفيه وجه أنه يجري مع الجهل ، وذلك معروف في موضعه ، فعلة الخلاف هنا مطلقاً على أن أبا الفتوح العجلي أفاد أن الوجه القائل بالصحة ههنا ، وإن منعنا بيع الغائب فيكون محل الخلاف تفرعاً على بيع الغائب (أما) على تجويز بيع الغائب قال : فلا يبعد الحكم بصحة البيع .

(قلت :) ولا بد فيه من ملاحظة التبعية ، فإنه لو باع البذر

وحده وهو مستقر فلا شك أنه يمنع من منع بيع الغائب ، وكذا بعض من أجازته ، وإنما قلت ذلك لأنهم لما تكلموا في بيع الثمار المستترة والحنطة في سنبلها ونحو ذلك قال الامام : إن المنع فيها مفروع على منع بيع الغائب (أما) إذا جوزناه فإنه يصح ، وحمل الرافعي كلام الوجيز على موافقته ، لكن الغزالي في الفتاوى في السؤال التاسع والعشرين في بيع السلجم والجزر في الأرض ، قال : أنه إن قضى ببطلان بيع الغائب فلا شك في البطلان ، وإن قضى بصحة بيع الغائب اتجه ظاهراً بإبطال هذا لأن تسليمه لا يمكن إلا بتقليب الأرض ، وهو تغيير لعين المبيع فيضاهي بيع الجلد قبل السلخ ليسلم بالسلخ وكذلك صاحب التهذيب وعلل بأن بيع الغائب يمكن رد المبيع بعد الرؤية بصفته ، وههنا لا يمكن .

وإذا علمت ذلك علمت أن اطلاق المصنف مراده منه البذر الذي لا نبات لأصله ، وكذلك الشافعي رضي الله عنه في الأم أطلق كما فعل المصنف ومراده ذلك ، فإن كان البذر مما يصرم فصرمه البائع كان المشتري أصله ولم يكن للبائع قلعه ولا قطعه ، وإن عجل البائع فقلعه قبل بلوغ مثله لم يكن له أن يزرعه ليستخلفه ، نص عليه الشافعي رحمه الله وقد تقدم في أول الباب بحث في الغراس الذي يشترط ، وهو يعود ههنا في البذر الذي وضع لذلك ، ولم يقصد به الدوام في محله ، والله أعلم ، ولو باع البذر وحده جزم صاحب التتمة بالبطلان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(إذا باع أصلا وعليه ثمرة للبائع لم يكف قطع الثمرة الى أوان الجذاذ فان كان مما يقطع بسرا كالبسرا^(١) الجيسواني والقرشى لم يكف قطعه الى أن يصير بسرا ، وإن كان مما لا يقطع الا رطباً لم يكف قطعه الى أن يصير رطباً ، لأن نقل المبيع على حسب العادة ، ولهذا إذا اشترى بالليل متاعاً لم يكف نقله حتى يصبح ، وإن اشتراه في المطر لم يكف نقله حتى يسكن المطر ، والعادة في قطع الثمار ما ذكرناه فلا يكف القطع قبله) .

(الشرح) الأصل المراد به الشجرة والجذاذ — بكسر الجيم وفتحها — حكاها ابن قتيبة . وأوان الجذاذ — بكسر الجيم — زمان صرم النخل إذا يبس ثمرها ، والجذاذ القطع يقال الجذاذ والصرام في النخل ، والقطاف في الكرم ، واللقاط فيما يتناثر كالخوخ والكمثرى وغيره ، فيلقتط والجيسوان — بكسر الجيم وياء تحتها نقطتان وآخره نون — من غير اضافة ، قال ابن باطيش وابن التودى : جنس من البسر أسود اللون ، والقرش — بضم القاف وفتح الراء وشين معجمة — قال ابن باطيش : هو الأحمر ، قال صاحب البيان : لا يقطع الا بسرا .

(أما الأحكام) فقال الشافعي والأصحاب : إذا اشترى نخلاً وعليه ثمرة للبائع أو كرسفاً وعليه قطن للبائع أو شجراً وعليه ثمرة أو ورداً أو رد للبائع أرضاً وفيها زرع للبائع ، لم يجبر على قطع الثمرة ، والورد والزرع الى أوان الجذاذ والحصاد الى الوقت الذي جرت العادة بتبقيتها ، فإن كان غيباً فعليه تبقيته الى أن يسود وتدور الحلاوة فيه ، ويقطع في العادة (فأما) إذا عقد وحصل فيه قليل حلاوة فليس له مطالبة البائع بقطعه في تلك الحال وإن كان رطباً فعليه تبقيته الى أن يرطب ويتكامل نضجه ثم يقطع .

وإن كان بسرا فما جرت العادة بقطعه بسرا طوّل بقطعه بسرا بعد نضجه واستكماله ، ثم بعد ذلك ليس له أن يتركه على الشجر والنخل حتى يتكامل ويستحكم ، لكون ذلك أصلح له فيأخذه شيئاً فشيئاً ،

(١) في نسخة المذهب المطبوعة بالحاء المهملة (ط) .

كما اذا باع دارا فيها متاع هي حرز له ، لم يجب على المشتري تركه ، ولا يجب على المشتري السقي لأجل ثمرة البائع ، وانما عليه تركها والبائع يسقي . وحكم جميع الثمار في ذلك حكم ثمرة النخيل ، لا خلاف في ذلك ، قال نصر المقدسي رحمه الله في الكافي . وكذلك الورد يعني يترك الى أوان أخذه ، ووافقنا على أنه لا يجب على البائع القطع ، ويجوز له التبقية الى أوان الجذاذ مالك وأحمد ، وقال أبو حنيفة : يجبر عليه عند مطالبة المشتري بذلك في الحال . دليلنا ما ذكره المصنف .

وهكذا لو زرع المشتري الأرض فاستحقها الشفيح لم يجبر المشتري على قطع الزرع ونقله حتى يبلغ أوان الحصاد ، لأنه وقت العادة في نقله (فان قيل :) ينتقض بمن جذ ثمرة وتركها في الأرض تشمسها ثم باع الأرض ، فانه يلزمه نقلها قبل جفافها وان كانت العادة نقلها بعد جفافها (قلنا) لا عادة لذلك في أرض بعينها بل يمكن تجفيفها في غيرها كما نقول في الزرع : لا يجب نقله وهو في الأرض ، ولو حصده وتركه في الأرض ثم باعها وجب نقله ، وقول المصنف : لأن نقل المبيع على حسب العادة ، جواب عن قول الحنفية : ان من باع شيئاً كان عليه تسليمه ورفع يده عنه ، وان ابقاء الثمرة بعد البيع انتفاع بالنخل ، وأجاب الأصحاب بما ذكره المصنف من أن ذلك انما يجب على العادة ولهذا اذا اشترى دارا مملوءة طعاما انما يلزم البائع نقله على العادة ، ولا يلزمه أن يجمع الآن كل حمال في البلد ، وينقل الطعام عنها ، وأجابوا عن كون ذلك انتفاعا بالنخل وانه يشبه استثناء المنفعة بأن استثناء المنفعة انما يبطل اذا وقع بالشرط ، أما ما وقع بنفس العقد عرفا فلا ، بدليل الأمة المزوجة .

(فرع) قال الماوردي : انه انما يستحق الابقاء اذا بقيت الثمرة للبائع بالتأخير ، أما اذا صارت له بالشرط والاستثناء قبل التأخير فعلى البائع قطعها في الحال ، لأن الاستثناء انما يصح على شرط القطع ، وهذا الذي قاله الماوردي انما يستقيم اذا شرطنا القطع في الاستثناء ، وقد تقدم أن الأصح خلافه ، وأيد بعضهم ما قاله الماوردي : ان استثناء المنفعة بالشرط مبطل بخلافه بالشرع ، وهذا التأييد ضعيف ، لأن الشرط هنا انما اقتضى بقاء الثمرة للبائع فصار

كما لو باع أرضا واستثنى البناء الذى فيها كان له ابقاؤه بالشرع ،
ولا نقول : أن هذا استثناء للمنفعة ، والله أعلم .

(فرع) قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله تعالى : فإذا
حصد الزرع فإن بقى له أصول لا تضر بالأرض ، كأصول الحنطة
والشعير ، لم يلزمه نقلها ، لأن لا ضرر على المشتري فى تركها وإن
كانت تضر بالأرض كمروق الذرة والقطن لزمه نقلها من الأرض ونقل
الرويانى عن بعض الأصحاب الوجوب مطلقا ، والصحيح الأول فإذا
نقلها فإن حصل فى الأرض بنقلها حفر لزمه تسويتها ، كما لو كان
فى الأرض حجارة مدفونة فنقلها ويخالف من غصب فصيلا وأدخله
دارا ثم كبر الفصيل فإن تسوية الباب لا تجب على صاحب الفصيل لأن
الغاصب متعدي والمشتري ليس بمتعدي . وهكذا لو كان فى الدار المبيعة
حب لا يمكن اخراجه الا بأن يوسع الباب بنقض شئ من الحائط .
فإن له ذلك ويضمن قيمة ما نقض .

قال القاضى أبو الطيب : ويحتمل أن يقال : يلزمه بناؤه كما يلزمه
تسوية الأرض هنا . وقد صرح المحاملى فى المجموع بأنه يجب
عليه بناء ذلك . ورده الى حالته فيما اذا باع دارا وفيها قماش لا يخرج
الا بنقض الباب وهو الموافق لطريقة العراقيين فإنهم يختارون وجوب
اعادة الجدار . قال المحاملى هنا : كل من حصل ملكه فى ملك غيره
واحتيج فى تخليصه الى مؤنة فإن كان حصل ذلك بغير تفريط من صاحب
الملك فالمؤنة على من يتخلص ملكه . مثل مسألة الحب والخاية
والصندوق فى الدار . وإن كان بتفريط من صاحب الملك . مثل أن
يغصب رجل رجلا على حب . فلم يخرج من الباب . أو على عجل
صغير فكبر فلم يتمكن من اخراجه الا بهدم الباب فإن الباب يهدم
ولا يلزم صاحب المتاع بناؤه ومن فروع هذه القاعدة : اذا هربت
دابته فدخلت دار رجل ولا يمكن اخراجها الا بنقض شئ من الدار .
يغرم النقص صاحب الدابة قال الرويانى : واذا وقع دينار فى محبرة
ولا يخرج الا بكسرها كسرت ويجب ضمانها على صاحب الدينار
نقله الرويانى عن بعض الأصحاب .

(فرع) لو أصابت الثمار آفة . وصارت بحيث لا تنمو .
فهل للبائع تبقيتها ولا فائدة له فى تبقيتها ؟ أم للمشتري اجباره على

قطعها ؟ قال الامام : ذكر صاحب التقريب قولين ولم يصحح الرافعي والنووي شيئا منهما . وقال ابن الرفعة : ان الذي يقع في النفس صحته قول الاجبار . لأنه انكشف الحال عما لو قارن العقد لم يستحق التبقية لأجله . فانه لو باع الشجر بعد حصول الآفة بالثمار لم يستحق التبقية . قال : لكن نصه في الأم على خلافه . ولو انقطع الماء فلا شيء على المشتري فيما أصيب به البائع . وكذلك ان أصابته جائحة . نص عليه الشافعي رضي الله عنه . نقله عنه أحمد بن بشرى .

(فرع) لا يمنع البائع من الدخول في الحائط للسقي ، فان لم يأمنه المشتري ينصب الحاكم أمينا يسقيها ، والمؤنة على البائع قاله الخوارزمي ، وكلام الخوارزمي يدل على أن الشجرة لا تصير مسلمة حتى تفرغ من الثمرة ، قال : ولهذا لو باع سفينة في البحر مملوءة بالاثقال لا يجزى تفريغها حتى تبلغ الشط ، ومراده بهذا أن التسليم يكون على العادة .

(فرع) ولا يستحق المشتري على البائع أجرة الأرض في مدة اقامة الزرع في الأرض لأنه ملك الأرض مسلوقة المنفعة في تلك المدة فلا يستحق لها أجرة .

(فرع) لو باع النخلة وعليها ثمرة مؤبرة بشرط القطع ، كلام الرافعي يصرح بالجواز وأنه يجب الوفاء بالشرط ، لكن الامام حكى في باب الصلح فيما اذا باع أرضا مزروعة بشرط قطع الزرع ترددا في وجوب الوفاء به ويجب بمقتضى ذلك طرد التردد المذكور في الثمرة المؤبرة ، ولو قيل : انه لا يصح البيع بشرط قطعها لأن فيه تنقيص مالميتها لم يبعد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان أصاب النخل عطش ، وخاف أن تشرب الثمرة الماء من أصل النخل فيهلك ففيه قولان) أحدهما (لا يكلف البائع قطع الثمرة ، لأن المشتري دخل في العقد على أن يترك الثمار الى الجذاذ فلزمه تركه) والثاني (أنه يكلف قطعه ، لأن المشتري انما

رضى بذلك اذا لم يضر به ، فاذا اضر به لم يلزمه تركه ، فان احتاج أحدهما الى سقى ماله ولم يكن على الآخر ضرر جاز له أن يسقيه ، لانه اصلاح لماله من غير اضرار بأحد فجاز ، وان كان على الآخر ضرر في السقى وتشاحا ففيه وجهان . قال أبو اسحاق : يفسخ العقد لانه ليس أحدهما بأولى من الآخر في الاضرار فوجب أن يفسخ . وقال أبو علي ابن أبي هريرة : يجبر الممتنع منهما لانه حين دخل في العقد رضى بدخول الضرر عليه ، لانه يعلم انه لابد من السقى ويجب اجرة السقى على من يسقى لأن منفعتيه تحصل له) .

(الشرح) تقدم أن الثمرة اذا بقيت للبائع لا يكلف قطعها الى أوان الجذاذ ، ومن ضرورة ذلك أن يمكن من سقيها ، فيلزم المشتري تمكينه ، وقد لا يسقى البائع فيحصل للمشتري الضرر ، وقد يحصل الضرر من السقى أيضا ، وذكر المصنف تفصيل ذلك في هذا الفصل في مسألتين (المسألة الأولى) اذا عطشت النخل وكان قد باعها وهي مؤبرة وأبقينا الثمار للبائع فعطشت النخل وانقطع الماء ، ولم يتمكن من سقيها ، وكان تركها على الأصول يضر بالأصول ولا يضر بالثمرة ، فان كان الضرر يسيرا أجبر المشتري عليه ، هكذا قاله القاضي أبو الطيب وغيره ، ونص عليه الشافعي رضى الله عنه في الأم ، وان كان كثيرا بأن كان يخاف على الأصول الجفاف أو نقصان حملها في المستقبل نقصانا كثيرا ، وعلى ذلك يجب حمل كلام المصنف ، ففيه قولان منصوصان في الأم في هذا الموضع ، وحكماهما الأصحاب كما حكماهما المصنف نقلا وتعليلا ، وعبرة الشافعي في الأم ففيها قولان ثم ذكر قول الاجبار ، ولم أره ذكر القول الآخر ، فتأملت كلامه الى آخره تأملا كثيرا . فلم أفهم الثاني منه . فلعلمه تركه اما لموضوحه أو لضعفه .

(والأصح من القولين) الثاني القائل بالاجبار . ومن صححه الروياني وابن أبي عسرون والنووي ، ورجحه الروياني بأن ضرر الأصول أكثر وجزم به الفوراني . ونقل الرافعي تصحيحه عن الكرخي ، وصححه في المحرر ، وقد ذكر الماوردي مسألة السقى وقسمها تقسيما حسنا ، وهي أن السقى اما أن يكون ممكنا أو متمذرا .

فان كان متعذراً فاما لاعواز الماء أو لفساد آله . فان كان لاعواز الماء سقط حكم السقى ، ثم نزل الثمرة على أربعة أضرب (الأول) أن يكون يضر بالثمرة والنخل جميعا . فقطع الثمرة واجب . ولصاحب النخل اجباره . لأن تركها مضره للنخل بلا منفعة له (والثانى) أن لا يضر واحدا منهما فله ترك الثمرة الى أوان الجذاذ (الثالث) أن يضر بالثمرة دون النخل المثمرة فالخيار (الرابع) أن يضر بالنخل دون الثمرة فقولان . وهذا الضرب هو الذى ذكره المصنف .

وان كان تعذر السقى لفساد الآلة أو المجارى أو طم الآبار فأيهما لحقه بتأخير السقى ضرر كان له اصلاح ما يوصله الى الماء . فان كان ذلك مضرا بالنخل وجب على المشتري النخل أن يزيل الضرر عن نخله ، ولا يجبر رب الثمرة على قطع ثمرته ، وان كان مضرا بالثمرة لزمه ذلك ، أو يقطعها ، وان كان مضرا بهما جميعا لزم صاحب الثمرة الا أن يبادر الى قطع ثمرته فيسقط عنه (وأما) ان كان السقى ممكنا فله أربعة أضرب (أحدها) أن يكون نافعا لهما (والثانى) أن يكون ضارا لهما (والثالث والرابع) أن يكون ضارا لأحدهما دون الآخر ، وسنذكر ذلك مفصلا .

(المسألة الثانية) اذا احتاج أحدهما الى سقى ما له ، ولم يكن على الآخر ضرر ، جاز له أن يسقيه ، لما ذكره المصنف وفيها صورتان (احدهما) أن يكون المحتاج البائع (والثانية) أن يكون المحتاج المشتري ، وقول المصنف : ولم يكن على الآخر ضرر يشمل ما اذا كان له نفع ، وما اذا لم يكن ، والشيخ أبو حامد والماوردي ذكرا ما اذا كان لكل منهما نفع ، فقال الشيخ أبو حامد : لا يجبر الممتنع من السقى على السقى ، وللآخر أن يسقى ، والأجرة عليه ، وقال الماوردي : للبائع أن يسقى وعلى المشتري أن يمكته ، ومؤنة السقى على البائع ، لما فيه من صلاح ثمرته ، وان كان للنخل المشتري فيه صلاح ، الا أن الأغلب من حال السقى صلاح الثمرة والنخل تبع ، فلو امتنع البائع من السقى لم يجبر ، وقيل للمشتري : ان أردت سقى نخلك فاسقه ولا نجبرك عليه .

وما قاله الماوردي موافق فى المعنى لما قاله الشيخ أبو حامد والمصنف :

وعبارة المصنف أشمل كما تقدم التنبيه عليه . والحكم واحد لا يختلف وإنما يختلف التصوير . فيجىء صور هذه المسألة بأطلاق المصنف ثلاثا : أن ينتفع البائع ولا يتضرر المشتري ولا ينتفع أو ينتفع المشتري ولا يتضرر البائع ولا ينتفع . أو ينتفعا جميعا . وكلام هؤلاء الأئمة يقتضى أن البائع لا يجبر على السقى ، ومن جملة الأقسام التى أطلقوها . أما إذا كان السقى نافعا لهما وكان تركه ضارا بالمشتري لامتناع الثمار رطوبة الأشجار وقد جزم الامام فى هذه الصورة فى حال إمكان السقى بأن البائع يجبر من جهة المشتري على أحد الأمرين : إما أن يسقى وإما أن يقطع الثمار إذا كان يضر بقاؤها . وجعل محل القولين اللذين حكاهما المصنف أولا فيما إذا كان السقى ممتنعاً ووجه القول الأول القائل بأنه لا يكلف قطع الثمرة بأنها تنتفع بالتبقيّة وإنما على البائع أن لا يترك مجهودا يقدر عليه . فإن انقطع الماء فلا تقصير منه . وحق التبقيّة قائم له . وهذا الذى قاله الامام حسن يجب تنزيل كلامهم عليه . وقال الامام : ان القولين يشيران الى أن المراعى جانب البائع أو جانب المشتري ؟ قال : ولم يقع التعرض لاستواء الحقيين . يعنى كما يقوله أبو اسحاق فيما إذا لم يكن على الآخر ضرر كما سيأتى . قال : ولا بد من هذا الوجه . ثم موجب استواء الحقيين الفسخ ، والله أعلم .

وقول المصنف : جاز له أن يسقيه ، وليس للأخر أن يمنعه ، فإن منعه أجبر على تمكينه . وهذا مراد الرويانى بقوله إذا كان السقى ينفعهما فأيهما طلب أجبر الآخر عليه . لأنه لا فائدة من الانتفاع فيما ينفعه ولا يضره أى أجبر على التمكين منه . لا على أن يسقى ، والله أعلم .

(المسألة الثالثة) إذا احتاج أحدهما الى السقى وكان على الآخر ضرر . وفيها صورتان (أحدهما) أن يكون السقى يضر بالنخل وينفع الثمرة ، فأراد البائع السقى فوجهان . قال أبو اسحاق يقال للمشتري : اسمح للبائع بالسقى . فإن سمح فذاك ، والا قلنا للبائع : اسمح بترك السقى . فإن سمح فذاك وإن أبى ففسخنا العقد بينهما ، وقال ابن أبى هريرة : يجبر المشتري على ذلك وللبيع أن يسقى ، والأجرة على البائع . وحكى الامام وجهها ثالثا بمراعاة جانب المشتري لأن البائع ألزم تسليم الشجرة على كمالها . قال :

وحقيقة الأوجه تؤول انى أن من أصحابنا من يرعى جانب المشتري ،
ومنهم من يرعى جانب البائع • وأبو اسحاق لا يقدم أحد الحقين على
الآخر •

(الصورة الثانية) أن يكون السقى يضر بالثمرة وينفع الشجرة •
فأراد المشتري السقى • قال أبو اسحاق : يقال للبائع ، اسمح فى
أن يسقى المشتري • فإن سمح فذاك ، والأقلت للمشتري : اسمح
فى ترك البائع فإن سمح فذاك وإن أبى فسخنا البيع بينهما وقال
ابن أبى هريرة : أجبر البائع على ذلك وأوجب الأجرة على المشتري ،
لأنه على أن لا يضر بغيره وفيه الوجه الثالث الذى حكاه الامام ويكون
بيننا لمراعاة جانب البائع ، وفى كل من الصورتين لو اتفقا على السقى
أو تركه جازاً ، قاله صاحب البيان وغيره ، وقد يخص المصنف هاتين
الصورتين فيما ذكره وتبين بهذا التفصيل أن قوله : وتجب الأجرة
على من يسقى من كلام ابن أبى هريرة ، وأما مراده بمن يسقى
البائع فى الصورة الأولى والمشتري فى الصورة الثانية •

ويجوز أن يكون قوله : وتجب أجرة السقى على من يسقى
كلاماً مبتدأ غير مختص بابن أبى هريرة ، يعنى حيث أوجبنا السقى فهو
على من ينتفع به ، لا كمن باع ثمرة بعد بدو الصلاح ، فإنه يسقى ،
والمنفعة للمشتري ، ويشمل ذلك ما اذا سقى البائع أو المشتري
أو هما جميعاً فتجب الأجرة عليهما ، كما صرح به الرويانى وهو
الظاهر ، والذى يسقى فى الصورتين هو المطالب الذى أجبرنا الممتنع
لأجله ، ومعنى الاجبار اجباره على تمكين الآخر من السقى ، وقول
المصنف : لأن منفعة السقى تحصل له تعليل ظاهر فى الطرفين ، وقد فهم
ابن الرفعة من كلام الماوردى فى هذه الصورة الثانية ، وقوله : ان
لصاحب الثمرة منعه ، فاذا منعه كان لصاحب النخل فسخ البيع ففهم
ابن الرفعة من ذلك قولاً آخر • قال : وبذلك يكمل أربعة أوجه •

(ثالثها) ان تراضيا على أحد الأمرين فذاك ، والافسخه الحاكم •

(ورابعها) الأمر كذلك الا أن المتولى للفسخ البائع ان أراد ،
وقد بقى من هذه المسائل مسألة ذكرها الشيخ أبو حامد والماوردى
وغيرهما ، وتركها المصنف لوضوحها ، ولا خلاف فيها ، وهى اذا كان

السقى يضر بالثمرة والنخل جميعا كان لكل منهما منع الآخر لأنه يدخل الضرر على صاحبه بغير منفعة تعود اليه فهو سفه وتضييع ، قاله الروياني ، وهذا انما يتصور في غير النخل .

(أما) النخل فينبغه السقى أبدا ، فلو قال صاحب الثمرة : أريد أن آخذ الماء الذى كنت أستحقه لسقى ثمرتى فأسقى به غيرها من الثمار أو الزروع لم يكن له ذلك ، وهكذا لو أخذ ثمرته قبل وقت جذاذها لم يكن له أن يأخذ الماء الذى كان يستحقه الى وقت الجذاذ ، لأنه انما يستحق من الماء ما فيه صلاح تلك الثمرة دون غيرها ، فقد كملت المسائل التى فى أحوال السقى ستا شمل كلام المصنف خمسا ، وترك واحدة ، ومسائل ترك السقى سبعا ذكر المصنف منها فى آخر كلامه واحدة وترك ستا ، وكلها مندرجة فى كلام الماوردى ، والله أعلم .

(فائدة) قال الشيخ أبو حامد وغيره : قالوا : هلا قلتم فى هذه المسائل السقى على المشتري صاحب الشجرة كمن باع ثمرة منفردة عن الأصل بعد بدو صلاحها وعطشت ، حيث تجب أجره السقى على صاحب الأصل ، وفرق هو وغيره من الأصحاب بأنه فى مسألة البيع بعد بدو الصلاح يجب عليه تسليم الثمرة كاملة ، وذلك انما يكون بالسقى وههنا الواجب على البائع تسليم النخل ، وقد سلمها ولم يملك الثمرة من جهة المشتري ، فكان بخلافه ، قال ابن الرفعة : وحيث نقول باجبار المشتري فلا خيار له ، أى فى حال انتفاع الثمرة بالسقى .

(فرع) حيث جعلنا للبائع السقى ، قال الشافعى والأصحاب : وانما له أن يسقى القدر الذى فيه صلاحه ، وليس له أن يسقى أكثر من المجهود بحيث يتضرر به صاحب النخل ، فانه كما يحصل الضرر بالعطش المفرط يحصل بالرى المفرط ، فان اختلفا فى ذلك فقال المشتري : فى كل عشرة أيام سقية ، وقال البائع : فى كل خمسة أيام سقية ، فالرجع فى ذلك الى أهل الخبرة فما احتاج اليه أجبر الآخر عليه ، ولو قال أهل الخبرة : ان الثمرة لا تفسد بترك السقى ، بل تسلم الثمرة من غير سقى غير أنها لو سقيت لظهرت زيادة عظيمة ،

والشجر يتضرر بها ، قال الامام : فهذا فيه احتمال عندى ، يجوز أن يقال : يمنع البائع ، فان الزيادات لا تتضبط ، فالمرعى الاقتصاد . ويجوز أن يقال : أن يسقى لمكان الزيادة على مذهب من يراعى جانبه . وهذا بين أن محل الخلاف المتقدم عن أبى اسحاق وابن أبى هريرة إذا كان السقى يضر أحدهما فعله ويضر الآخر تركه وفى هذه المسألة لم يتعارض ضرران ، وإنما ضرر وزيادة نفع ، والذي ينبغى ترجيح اجتناب الضرر ومنع البائع من السقى ، والله أعلم .

وأطلق الرافعى احتمال الامام متى كان السقى يضر بواحد ، وتركه يمنع حصول زيادة للآخر ، وذلك يشمل الصورة المذكورة وعكسها فى كل منهما ، هل يلحق ذلك بتقابل الضرر ؟ فيه احتمالان ، ولم أرهما فى النهاية الا فى الحالة الواحدة ، وجعل الغزالي الاحتمالين المذكورين وجهين ، والمراد أنه على أحد الاحتمالين يأتى الخلاف السابق بين أبى اسحاق وابن أبى هريرة ، وعلى الاحتمال الآخر يتعين السقى ، والله أعلم .

(فرع) القولان اللذان أطلقهما المصنف ، هل محلها فيما إذا كان السقى متعذرا أو مطلقا ؟ كلام الغزالي والامام يقتضى الأول وجزم فى حالة الامكان بوجوب السقى أو القطع على البائع ، وكلام الشافعى يقتضى الثانى ، لكنه فى حالة انقطاع الماء المعد لذلك وامكان غيره ، ورأى ابن الرفعة كذلك تنزيل القولين على حالة امكان السقى من غير الماء المعتاد ، وتنزيل الجزم بوجوب أحد الأمرين على ما إذا كان السقى ممكنا بالماء المعد لذلك . واستنبطه من كلام الشافعى ، وقوله : أخذ صاحبه بقطعه الا أن يسقيه متطوعا ، أخذ من ذلك أن الواجب عند امكان السقى القطع عينا ، وله أن يسقطه بالسقى الا أن الواجب أحد الأمرين ، كما يقول ذلك فى المولى ، فان لم يمكن السقى بحالة من الأحوال تعين وجوب القطع ، لأنه لا مسقط له ، ولا جرم كان هو الأصح عند الكرخى وغيره . وقال النووى : ان هذين القولين فيما إذا كان للبائع نفع فى ترك الثمرة ، فان لم يكن وجب القطع قولاً واحداً ، كذا قاله الامام وصاحب التهذيب .

(فرع) ظاهر كلام الأصحاب أنه يجب السقي بالماء الذي جرت العادة أن يسقى منه تلك الأشجار ، ولو كان ملك المشتري بأن كان من بئر دخلت في العقد ، وقلنا بأنه يملك ماءها كما هو المذهب ، ولما كان استحقاق البائع لذلك من جهة الشرع اغتفر ، بخلاف ما لو شرط لنفسه انتفاعا بملك المشتري حيث يفسد العقد ، قال ابن الرفعة : لكن هذا يقتضى عدم استحقاق السقى إذا كانت الثمرة غير مؤبرة وشرطها البائع لنفسه فلي تأمل .

(قلت :) لا يقتضى ذلك فان شرطه الثمرة غير المؤبرة لنفسه يصيرها بمنزلة الثمرة المؤبرة ، وحينئذ يكون وجوب السقى بالشرع وجوب الإبقاء ، وليس ذلك ، كما اذا شرط الانتفاع بملك المشتري ومن كون السقى واجبا من الماء المعتاد وان كان ملك المشتري يستفاد معنى قول المصنف تجب أجرة السقى على من يسقى ، ولم يقل : تجب مؤنة السقى ، لأن الماء من جملة المؤنة ، وهو على المشتري وفي الصورة المذكورة وانما يجب على من يسقى بها الأجرة في نقله ، وما أثبته ، نعم تجب عليه أيضا الآلات التى يستقى بها المشتري انما يلزم التمكين من الماء خاصة ، والله أعلم .

(فرع) أما الأرجح من هذه الأوجه صحح الرافعى قول الفسخ كما هو قول أبى اسحاق . وصحح العزالى فى الوسيط مراعاة جانب المشتري والذى يقتضيه اطلاق نص الشافعى يشهد لما قاله ابن أبى هريرة فانه قال : واذا كان لا يصلحها الا السقى فعلى المشتري تخلية البائع . وما يكفى من السقى فهذا فى هذه الصورة موافق لابن أبى هريرة فى اجبار المشتري ، فيحتمل أن يكون فى عكسها يجبر البائع كما يقوله ابن أبى هريرة وهو الأقرب . ويحتمل أن يكون يقول بمراعاة جانب البائع مطلقا . وقال ابن الرفعة : ان ظاهر النص على ما صححه فى الوجيز .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(لا يجوز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع .
لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبی صلى الله عليه وسلم

« نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها » وروى ابن عمر رضى الله عنه أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع ثمرة النخل حتى تزهى والسنبل والزرع حتى يبيض ويأمن العاهة » ولأن المبيع إنما ينقل على حسب العادة . ولهذا لو اشترى بالليل متاعا لم يكلف نقله حتى يصبح . والعادة في الثمار تركها الى أوان الجذاذ ، فإن باعها قبل بدو الصلاح لم يأمن أن يصيبها عاهة فتتلف ، وذلك غرر من غير حاجة ، فلم يجز ، وإن باعها بشرط القطع جاز ، لأنه يأخذ قبل أن يتلف هيأمن من الغرر ، وإن باع الثمرة مع الأصل والزرع مع الأرض قبل بدو الصلاح جاز ، لأن حكم الفرر يسقط مع الأصل ، كالفرر في الحمل يسقط حكمه إذا بيع مع الأصل وإن باع الثمرة ممن يملك الأصل أو الزرع ممن يملك الأرض ففيه وجهان (أحدهما) يصح ، لأنه يحصل لمالك الأصل ، فجاز كما لو باعها مع الشجرة والأرض (والثاني) لا يصح ، لأنه أفردته بالبيع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع ، فأشبهه إذا باعها من غير مالك الأصل .

(الشرح) حديث ابن عمر رضى الله عنهما الأول رواه بلفظه المذكور البخارى ومسلم ، ولفظ مسلم : الثمرة ، وفي الصحيحين أيضا من رواية ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تتبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها » زاد مسلم : « وتذهب عنه الآفة » (وأما) حديث ابن عمر الثانى فرواه مسلم ، ولفظه : « عن بيع النخل حتى يزهى ، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ، نهى البائع والمشتري » وفي رواية الشافعى في حديث ابن عمر قال الراوى : « فقلت لعبد الله : متى ذلك ؟ قال : طلوع الثريا » وقد وردت أحاديث في الصحيحين وفي غيرهما في المنع من بيع الثمار قبل بدو الصلاح (منها) حديث ابن عمر المذكور (ومنها) عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الثمرة حتى تزهى » ، قال الراوى : « فقلنا لأنس : ما زهوها ؟ قال : تحمر وتصفّر ، قال : « رأيت إذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه ؟ » رواه البخارى ومسلم .

وقد كثر الزهو في الحديث يقال : زها النخل يزهو ، قال الخطابى :

هكذا روى في الحديث يزهو ، والصواب في العربية يزهي وقال غيره :
ليس هذا القول منه عند كل أحد ، فان اللغتين قد جاءا عند بعضهم ،
ومنهم من قال : زها النخل اذا طال واكتهل ، وهذا القول مخالف
لما جاء في الحديث من تفسير أنس العارف بالعربية ، ولمعنى الحديث ،
وقد ورد في بعض روايات الشافعي لهذا الحديث : « قيل : يا رسول
الله .. وما تزهي ، قال : حتى تحمر » والزهو — بفتح الزاي — وذكر
ابن معين أن أهل الحجاز يضمنون الزاي وهو غريب ، وعن أبي هريرة
رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تتبايعوا
الثمرة حتى يبدو صلاحها ، ولا تتبايعوا الثمر بالثمر » رواه
مسلم ، وقوله : يبدو أى يظهر ، يقال : بدا يبدو مثل دعا يدعو ،
فأما بدأ يبدأ — بالهمز — فمن الابتداء وعن جابر أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم « نهى أن تباع الثمرة حتى يشقح » قيل :
وما يشقح ؟ قال : تحمار وتصفار ويؤكل منها » رواه البخاري ومسلم
رحمهما الله تعالى ، وقوله يشقح — بضم الياء المثناة من تحت واسكان
الشين المعجمة وبعد القاف حاء مهملة — ويروى — بفتح الشين وتشديد
القاف — يقال : أشقح وشقح ، وروى يشقه بابدال الحاء هاء ، وقد
فسره في الحديث قال : والاشقاه أن يحمر أو يصفر ، وفي رواية النسائي
في هذا الحديث : حتى يطعم ، وفي رواية لمسلم : حتى يطيب ، وعن
ابن عباس قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل
حتى يأكل منه أو يؤكل . وحتى يوزن ، قال : فقلت : ما يوزن ؟ فقال
رجل عنده : حتى يحرز » رواه البخاري ومسلم .

وعن أنس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد » رواه أبو داود
والترمذي . والحب الطعام ، واشتداده قوته وصلابته .

فهذه أحاديث من رواية خمسة من الصحابة تمنع من بيع الثمار
قبل بدو الصلاح ، وعن عمرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مرسل
أنه « نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة » رواه مالك في الموطأ ،
والفاظ هذه الأحاديث مختلفة ، ومعانيها متفقة . قال العلماء : اما
أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قالها في أوقات مختلفة ونقل كل واحد

من الرواة ما سمع وأما أن يكون قال لفظاً في وقت ونقله الرواة بالمعنى، وعن زيد بن ثابت قال : « كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار ، فإذا جذ الناس وحضر تقاضيهم قال المبتاع : انه أصاب الثمر الذمان أصابه مراض أصابه قشام — عاهات يحتجون بها — فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما كثرت عنده الخصومة في ذلك : « اما لا فلا تبايعوا حتى يبدو صلاح الثمرة » كالمشورة يثير بها لكثرة خصومتهم » رواه البخارى . الذمان — بفتح الذال وتخفيف الميم — عفن يصيب النخل فينشق أول ما يبدو من عفن وسواد ، والمراد بضم الميم — داء يقع في الثمرة فتهلك ، والقشام — بضم القاف والشين المعجمة — أن ينتقص ثمر النخل قبل أن يصير بلحاً .

(وقوله :) اما لا ، أى ان لم تفعلوا هذا ، فليكن هذا ، وأصلها ان الشرطية زيدت عليها ما وأدغمت فيها ، وأدخلت على لا النافية ، وقد يقال : ان حديث زيد هذا يدل على أن النهى في الأحاديث المتقدمة ليس على سبيل التحريم ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « اما لا » ، ولقول الراوى : كالمشورة لهم ، فان ذلك يدل على أنه ليس بمتحتم ، والتمسك على ذلك بقول الراوى كالمشورة ليس بالقوى ، فان كل أوامره صلى الله عليه وسلم ونواهيهِ لمصالحهم الأخروية والدينية ، وأما التمسك بقوله : اما لا ، فلأنه يقضى أن النهى معلق على شرط وهو الذى نقدره والذى يليق بهذا الموضع أن يكون التقدير ان لا تراجعوا عن الخصومة أو ما فى معنى ذلك ، فذلك وان كانت صورته صورة التعليق فليس المراد منه التعليق ، فان رجوعهم عن الخصومة فى المستقبل فى حق كل أحد لا يعلم ولا يمكن أن يبقى الحكم موقوفاً على ذلك ، فالمراد — والله أعلم — أنشأ النهى لأجل ذلك ، وكأنه استعمل بمعنى اذ النى تستعمل للتعليل ومما يرشد الى أن النهى حتم قوله : نهى البائع والمشتري ، فانه تأكيد للمنع وان كان لمصلحة المشتري .

وقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول بجملته هذا الحديث ، وقال أبو الفتح القشيري : أكثر الأمة على أن هذا النهى نهى تحريم ، وقوله فى حديث أنس : « أرأيت ان منع الله تعالى الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » وقد ورد فى بعض الروايات الصحيحة بيان أنه

من كلامه صلى الله عليه وسلم وذلك من طريق مالك رحمه الله والدرأوردى، وخالفهما سفيان الثوري واسماعيل بن جعفر عن حميد ، فجعله من كلام أنس ، واتقان مالك رحمه الله وضبطه مع كونه لا تنافي بينه وبين ما رواه سفيان يقتضي الحكم بكون ذلك من كلام النبي صلى الله عليه وسلم ويكون أنس قاله من كلامه لم يأت فيه بالرفع ، وأن عنده عن النبي صلى الله عليه وسلم فروى عنه كذلك على الوجهين ، ويثبت كونه عن النبي صلى الله عليه وسلم وقد زعم بعض شارحي التتبيه أن الثاقفي رضى الله عنه انفرد عن جمهور المحدثين برفعه وليس كذلك ، فقد رواه جماعة عن مالك غير الثاقفي ورواه مع مالك عن حميد الدراوردى كما رأيت ، والله أعلم .

(أما الأحكام) فقد قسم الثاقفي والأصحاب بيع الثمرة الى قسمين :

(القسم الأول) أن يبيعها قبل بدو الصلاح وذلك على قسمين (الأول) أن تباع مفردة عن الأشجار وذلك على قسمين (الأول) أن تكون الأشجار للبائع أو لغير المتعاقدين ، فبيع الثمرة حينئذ على ثلاثة أقسام ، وهذا التقسيم أحسن ، وإن شئت تقول - وهو أقرب الى كلام المصنف : أن بيع الثمرة على قسمين (الأول) أن يبيعها قبل بدو الصلاح وذلك على قسمين (الأول) أن تباع من غير مالك الأصل ، وذلك على قسمين (الأول) أن تكون مفردة عن الأشجار وذلك على ثلاثة أقسام (الأول) أن يبيعها بشرط التبقية فبيعها باطل بلا خلاف للأحاديث السابقة .

(الثانى) أن يبيعها بشرط القطع فالبيع صحيح بلا خلاف لأنه بالقطع يزول المحذور من الآفة والمعاة ، وممن صرح بالاجماع فى المسألتين الشيخ أبو حامد والرافعى وغيرهما ، ونقل ابن حزم فى كتابه المحلى عن سفيان الثوري وابن أبى ليلى منع بيع الثمرة قبل بدو صلاحها جملة ، لا بشرط القطع ولا بغيره ، والثاقفي رضى الله عنه أخذ جواز بيعها بشرط القطع من قوله صلى الله عليه وسلم : « رأيت إذا منع الله الثمرة فيم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » كذلك

قال في الأم فإن الثمرة التي تقطع لآفة تأتي عليها فانما يمتنع ما يترك مدة تكون فيها الآفة ، وليس ذلك من باب تخصيص العموم بعملة مستنبطة منه ، فإن ذلك فيه خلاف ، وأما هذه العلة فمنصوصة .

ولا شك أن استفادة التعليل من هذا الكلام ظاهرة ، وهو من أقوى درجات الإيماء الذي هو أحد أدلة العلة ، ولعل سفيان الثوري رحمه الله انما منع من ذلك لأن في روايته أن التعليل المذكور من كلام أنس كما قدمته ، فلعله لذلك لم يأخذ به ، لكن في الحديث ألفاظ آخر تدل على ذلك (منها) قوله : حتى تنجو من العاهة (ومنها) قوله : حتى يبدو صلاحها ، يعنى أنها بعد الصلاح تأمن من العاهات والجوائح غالبا لكبرها ، وغلظ نواها ، وقبل الصلاح تسرع اليها العاهات لضعفها ، فإذا تلفت لم يبق شيء في مقابلة الثمن ، وكان ذلك من أكل المال بالباطل ، فإذا شرط القطع عرف أن غرضه هو الحصرم وهو حاصل ، وقيل معنى آخر ضعيف نقله الامام وهو أنها قبل بدو الصلاح (١) أجزائها — كبرا ظاهرا — من أجزاء الشجرة ، وقد اتفق على القول بالجواز الشافعية والمالكية والحنفية .

(فرع) إذا باع بشرط القطع وجب الوفاء به فلو سمح البائع بعد شرط القطع على المشتري بترك الثمرة الى بدو الصلاح جاز ، ولو طالبه بالقطع لزمه ذلك ، نص عليه الشافعي والصيمري والماوردي والرافعي ، قال الرافعي : ويكون بدو الصلاح ككبر العبد الصغير . وعن أحمد أنه يبطل البيع وتعود الثمرة الى البائع ، وقد يقوى ذلك بأن الغرر انما ينتفى بأخذها ، ولذلك قال المصنف رحمه الله : لأنه يأخذه قبل أن يتلف ، فمتى لم يؤخذ — وإن كان بتراضيهما — فالغرر باق ، ألا ترى أنه لو تراضيا على عدم شرط القطع لم يصح ؟

وطريق الانفصال عن هذا السؤال أن المحذور آفة تمنع من التسليم المستحق بالعقد ، وهو في هذه الصورة مأمون ، فإن التسليم المستحق فيها التسليم عقيب العقد ، فإذا تراضيا على ابقائها وحصلت

(١) بياض بالأصل قلت : ولعل العبارة هكذا : أنها قبل بدو الصلاح إذا قطعت يكون جزء كبير من أجزائها (ط) .

آفة بعد ذلك لم تكن مانعة من التسليم المستحق ، بخلاف ما اذا أطلق أو شرط التبقية ، فان التسليم المستحق بالعقد هو وقت الجذاذ ، فالآفة قبله مانعة منه ، وممن روى عنه من المتقدمين ما يشبه قولنا يحيى بن أبى كثير اليمانى التابعى ، صح عنه أنه قال : لا بأس ببيع الشعير للعلف قبل أن يبدو صلاحه اذا كان يحصده من مكانه ، فان غفل عنه حتى يصير طعاما فلا بأس به •

(فرع) قال فى التتمة : انما يجوز البيع بشرط القطع اذا كان المقطوع منتقعا به ، كالحصرم واللوز والبلح والمشمش ، فأما ما لا منفعة فيه كالجوز والسفرجل والكمثرى فلا يجوز بيعه بشرط القطع أيضا ، وكذلك قال فى البحر ، والرافعى فرع اذا باع بشرط القطع فلم ينتق القطع حتى مضت مدة فان كان قد طالبه البائع بالقطع فلم يقطع ، وجبت الأجرة ، والا فلا ، قاله الخوارزمى •

(فرع) التسليم فى ذلك هل يكون بالتخلية كما هو تسليم الثمار ؟ فتكون مؤنة القطع على المشتري ؟ أو لا يكون الا بالنقل والتحويل فتكون مؤنة القطع على البائع ؟ الذى يظهر من كلامهم الثانى ، ويظهر أثره فيما لو تلفت قبل قطعها هل يجرى فيها خلاف وضع الجوائح ؟ وسنذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى •

(القسم الثالث) أن يبيعها مطلقا لا بشرط القطع ولا بشرط التبقية ، فمذهبنا أن البيع باطل للأحاديث ، وبه قال مالك وأحمد واسحاق وداود ، وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : البيع جائز صحيح ، ويؤخذ المشتري بقطعها فى الحال بناء على أصله فى أن الاطلاق يقتضى القطع ، لأن من حقوق العقد التسليم من غير تأخير والتسليم لا يتم الا بالقطع ، وعندنا الاطلاق يقتضى التبقية ، فنحن نخالفه فى المسألة وفى الأصل الذى بنى عليه ، ولهذا قال : لا يصح البيع بشرط التبقية لا بعد الصلاح ولا قبله ، وبشرط القطع يصح فيهما ، والاطلاق كشرط القطع ، ونحن نقول بشرط القطع يصح فى الحالين ، وبشرط التبقية يصح بعده ، ولا يصح [قبله] والاطلاق كشرط التبقية •

واستدلوا بأن حمل العقد على الصحة أولى فينبغى أن تنزله على القطع ليصح ، وبالقيااس على ما بدا صلاحها ، وعلى ما شرط

قطعها ، وعلى رهنها ، وأجاب أصحابنا بأن النهى ورد مطلقا فلا يكون تنزيله على شرط التبقية لاطلاقه ، ولا على شرط القطع للاجماع بيننا وبين الخصم ، فتعين أن يحتمل على البيع المطلق ، وأيضا أن النهى توجه الى المعهود من البياعات ، والمعهود من البيع اطلاق العقد دون تقييده بالشرط ، فصار النهى بالعرف متوجها الى المطلق دون المقيد ، ولأن العرف في الثمار أن تؤخذ وقت الجذاذ فصار المطلق كالمشروط التبقية ، والتسليم الواجب في العقد في كل شيء بحسبه ، وليس التسليم بالقطع والتحويل ، وإنما هو برفع اليد والتمكين .

وأما اطلاق العقد وحمله على الصحة فغير مسلم ، بل يحتمل على ما يقتضيه الاطلاق ثم يعتبر حكمه في الصحة والفساد ، وقد يتقيد المطلق اذا كان هناك عرف يقيد لم يؤثر القيد اما في التصحيح واما في الافساد ، وليس ذلك سعيًا في التصحيح ولا في الافساد بل هو واقع من ضرورة القيد .

(وأما) القياس على ما بدا صلاحها ، فلا يصح لوجهين (أحدهما) أنه يدفع النص (والثاني) أن ما بدا صلاحه يخامر العاهة ، والقياس على المشروط القطع مردود بتقدير أن المطلق يقتضى التبقية والقياس على الرهن ، فجوابه أن لنا في رهنها قبل بدو الصلاح قولين ، فإن جوزنا فلأن الرهن والهبة والوصية لا ضرر في عقدها قبل بدو الصلاح ، لأنه لا عوض في مقابلتها بخلاف البيع ، فانها اذا تلفت ضاع الثمن ، ثم اعترضوا بما قدمته من رواية زيد بن ثابت ، وقوله : ان النهى كان كالمشورة ، وقد تقدم الكلام فيه ، وأجاب أصحابنا أيضا عنه بوجهين :

(أحدهما) أن تأويل الراوى مرجوع اليه اذا احتتمل الخبر أمرين ، والمراد أحدهما بالاجماع ، كتفسير التفرق في خيار المتبايعين ، وكقوله الاها وها تفسير عمر له (١) (أما) في تخصيص العموم ومخالفة الظاهر فلا .

(١) المراد بتفسير عمر له أى زمن لا يسمح بالتبقية ، وقد يكون اللفظ (تفسير عمومه) وهو ليس بتفسير للعموم في الحديث ولكنه استثناء الا من العموم فهو مخصص منه ولكن قوله بعد ذلك أما في تخصيص العموم ، يفيد أن رأيه هكذا .
(الطيعي)

(والثانى) أن ظاهر رواية زيد وقوله : انه حضر تقاضيهـم أنه كان قد وقع على شرط التبقية ، ولا يقال وقت التقاضى بعد مدة الا اذا كان مشروطا ، وهذا الظاهر مشروط بالاجماع لأنه متى شرط التبقية بطل ، ثم لا وجه لتمسك الحنفية به لأنهم يمنعون شرط التبقية بعد بدو الصلاح . كما يمنعونه قبله ، والحديث المذكور يقتضى الفرق بين الحالتين ، وحمل الغزالى فى التحصين المشورة فى ذلك على تعرف أحوال الثمرة ونجاتها من العاهة ، وأن ذلك لا يحصل الا بالزهو فلما عرف العلة بالمشورة أثبت حكم الشرع بناء على العلة كما قال للسائل : « أينقص الرطب اذا جف ؟ » ودليله أنه لما ذكر حالة الاحتياج قال : « فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » فهذا يدل على تحريم أخذ المال مع توقع الهلاك عن قرب .

(قلت :) وقد قدمت ما يرجح تأويله غير ذلك ، وقد صح عن زيد بن ثابت أنه لم يكن يبيع ثمار أمواله حتى تطلع الثريا ، فيتبين الأحمر من الأصفر ، وروى عن ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم أنه لا يباع حتى يؤكل من الثمر ، قال الشيخ أبو حامد : ولا مخالف لهما من الصحابة ، والله أعلم .

(فـرـع) قد ذكرنا أن العقد المطلق محمول على شرط التبقية لأنها المعتاد ، فلو كان فى البلاد شديدة البرد كرم لا تنتهى ثمارها الى الحلاوة ، واعتاد أهلها قطع الحصرم ، ففى بيعها وجهان عن الشيخ أبى محمد أنه يصح من غير شرط القطع ، تنزيلا لعاداتهم الخاصة منزلة العادات العامة ، فيكون المعهود كالمشروط ، وامتنع الأكثرون من ذلك ، ولم يروا تواطؤ قوم مخصوصين بمثابة العادات العامة ، وهذا الخلاف يجرى فيما اذا جرت عادة قوم بانتفاع المرتهن بالرهون ، والقفال يرى اطراد العادة فيه كشرط عقد فى عقد فيفسد الرهن ، وأشار امام الحرمين الى تخريج ذلك على مهر السر والعلانية ، وأن هذا أقرب من تلك المسألة ، لأن اعمال التواطؤ فى تلك المسألة الغاء صريح اللغة الثابتة ، فقد لا يحتمل ، ومن نظائر ذلك ما جرت عادة شخص بأن يرد أجود مما استقرض ، فالذهب جواز اقراضه ، وفيه وجه ، وهذه مسائل كلها متقاربة المأخذ ، والمخالف فى بعضها لعله يخالف فى الباقي ، ولكنى اتبعت فى نقل

مسألة الحصرم — عن الشيخ أبى محمد ، ومسألة الرهن عن القفال —
ما فى النهاية •

والرافعى نقل مسألة الحصرم عن القفال (فاما) لنسبة هذه
المقاعدة اليه (واما) لنقل خاص عنده ، وفى الوسيط نسبه الى المنع
فى المسألتين الى القفال ، ونسبه ابن أبى الدم الى الخلل والتهافت
(أما) الخلل فلما ذكرته (وأما) التهافت ففى قوله : المنع وتأويله
أنه خالف من أبطل فى مسألة الحصرم ، وخالف من صحح فى مسألة
الرهن ، قال ابن الرفعة : كلام الشيخ أبى محمد مبين لكلام القفال
لأن القفال اعتبر العادة وحدها ، والشيخ أبو محمد اعتبر العادة
مع كون ذلك لا ينتهى الى الحلاوة ، فقد يحتمل ذلك حالة كماله حتى
لو جرت عادة بقطع العنب الذى يجىء منه عنب حصرم ، صح العقد
عليه عند القفال بدون شرط القطع ، ومن ذلك يخرج فى مسألة الحصرم
ثلاثة أوجه •

وهذا الذى قاله ابن الرفعة محتمل ، ولكن ظاهر كلام الناقلين
عن الشيخ أبى محمد أنه انما اعتبر العادة ، وانما فرضنا فى ذلك
لأنه الذى يعتاد قطعه حصرما (أما) أن ذلك معتبر عنده فى الحكم
فيحتاج الى نقل ، ومنهم من حمل قول الغزالى ومنع القفال فى
المسألتين على منع الصحة فى مسألة الرهن ، ومنع وجوب التبقية
فى الحصرم وحمل الحصرم على ما بدا صلاحه لقول الجوهري أن
الحصرم أول العنب ، والمراد أنه لا تجب تبقيته الى أوان الجذاذ
كما يقتضيه اطلاق غيره من الأصحاب ، وهذا حمل حسن أيضا
لكن الأقرب أن الحصرم لم يبد صلاحه ، وقول الجوهري معناه أول
الثمرة التى نهايتها عنب •

واعلم أن ههنا أمورا أربعة يجب التمييز بينها (أحدها) العرف
(والثانى) العادة ، وينقسم كل منهما الى عام وخاص ، والعرف
غير العادة ، فإن المراد بالعرف ما يكون سببا لتبادر الذهن من
لفظ الى معنى من اللفظ ، كما تقول : الدابة حقيقة عرفية عامة فى
ذوات الأربع ، والجوهر حقيقة عرفية خاصة فى المعنى المصطلح
عليه بين المتكلمين ، والمراد من العادة ما هو مألوف من الأفعال

وما أئسبها فهذان قسمان متغايران ، العادة والعرف ، وقد تجعل العادة أعم وتقسم الى عادة قولية وهى ما سميناه بالعرف ، وعادة فعلية وهى مقابلة . وقد يطلق العرف على الجميع ، والأمران الآخران (أحدهما) الألفاظ التى تطلق فى العقود ، وفى تقييد مطلقها ، وتفسير مجملها (والثانى) ما ينزل عليه العقد من الأمور التى تجعل كأنها شرطت فى العقد .

وهذان أمران متغايران أيضا ، فإن الأول يرجع الى تنزيل لفظ مطلق جرى فى العقد على معنى ، كحمل الدرهم على الدرهم المتعارف فى البلد ، وحمل المسلم فيه على السليم ، لأنه المتبادر الى الذهن عند الاطلاق دون المعيب ، والثانى يرجع الى تقدير شرط مضمون الى العقد كمسألتنا هذه ، فاعتبار العرف العام لا شك فيه فى تقييد اللفظ المطلق كما لو قال : اشترى دابة ، لم يشتر الا ذوات الأربع ، والعرف الخاص كالاصطلاح على تسمية الألف ألفين فى مهر السر ومهر العلانية .

(وأما) العوائد الفعلية فإن كانت خاصة فلا اعتبار بها ، وإن عمت واطردت فقد اتفق الأصحاب على اعتمادها ، وذكروها أمثلة :

(منها) تنزيل الدراهم المرسلة فى العقود على النقد الغالب ، وهذا إن قدمته فى قسم العرف فإن هذه العادة أوجب اطرادها فهم أهل العرف ذلك النقد من اللفظ ، فالرجوع فى ذلك الى ما يفهمه أهل العرف من اللفظ الى العادة (ومنها) أنا لا نخرج المتكارس الى ذكر المنازل ، وتفصيل كيفية الأجزاء وهذا مثال صحيح ، وهى من قسم ما يرجع الى تقدير شرط مضموم الى العقد ، وكثير من أحوال العقود يحمل على ذلك كالتسليم والقطع ، والتبقيع ، كبقية أجزاء البهيمة المكراة ، والمقدار الذى يطوى فى كل يوم ، ووجوب تسليم الاكاف والثغر واللجام وجميع الأدوات عند استئجار الدابة .

وضابطه كل ما غلب على وجهه يسبق مقتضاه من اللفظ الى الفهم ، سبق المنطوق به على وجه يعد التعرض له مستقصيا ، مشتغلا بما لا حاجة الى ذكره . وكثيرا ما يسمى الفقهاء ذلك عرفا لعمومه ، ولأن فهم هذه الأشياء صار فى العرف لمفهوم اللفظ ، فالتحق بالعادة القولية ، قال الامام : وكل ما يتضح فيه اطراد العادة فهو الحكم ،

ومضمرة كالمذكور صريحا ، وكل ما يتعارض للظنون بعض التعارض في حكم العادة فيه ، فهو مثار الخلاف ، يعنى ما تتعارض الظنون في اطراده ، وأما ما لا يطرد جزما فلا يعتبر ، وقد أطلق الأصوليون أن العادة الفعلية لا تعتبر ، فلا تخصص عاما ، ولا تقييد مطلقا كما اذا حلف لا يأكل خبزا ، ولا يلبس ثوبا ، فيحنت بأكل خبز الشعير ولبس الكتان ، وان كانت عادته أن لا يأكل الا القمح ولا يلبس الا الحرير . والسبب في ذلك أن العرف القولى ناسخ للغة وناقل للفظ ، والفعل لا ينقل ولا ينسخ ولا معارضة بينه وبين اللغمة ، واطلاقهم في ذلك صحيح وما قدمناه غير معارض له ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

ثم أشار الامام أيضا الى تخريج مسألة قطع العنب حصرا على خلاف الأصحاب في أن الشيء النادر اذا أطرد ، كدم البراغيث في بعض الأصقاع ، هل يعطى حكم العام فيعفى عنه ، وقطف العنب حصرا في غاية الندور ، فان فرض اطراد عادة بقعة به فهو على ذلك الندور .

(فرع) لو باع ثمرة لم يبد صلاحها على شجرة مقلوعة . قال الرويانى : لا نص فيه (قال :) وقد قال أصحابنا يجوز بيعها مطلقا من دون شرط القطع لأنها لا تنمو ولا تأخذ من أجزاء الشجرة لو بقيت عليها بخلاف غيرها .

(قلت :) وهذا يشير الى المعنى الذى نقله الامام واستضعفناه فيما تقدم ، ولكن ينبغى أن يقال : لأنه لا يخشى عليها العاهة التى ورد النهى لأجلها ، فان هذه لا يجب تبقيتها على الشجرة فيما يظهر لى ، واذا كان كذلك فيجب قطعها في الحال ، والله أعلم . ومن نص على الصحة في ذلك أيضا الخوارزمى وعلمه بأن العقد يحمل على العادة ، والعادة فيه القطع ، وكذلك صاحب التتمة والنووى في الروضة ، فهذا ما يتعلق بالقسم الأول ، وهو ما اذا بيعت الثمار مفردة عن الأشجار من غير مالك الأشجار .

(فرع) اذا اشتراها قبل بدو الصلاح بشرط التبقية ، وقطع عنها شيئا ، قال الشافعى فيما نقله أحمد بن بشرى من نصوصه : ان كان له مثل رده ، ولا أعلم مثلا ، فاذا لم يكن فقيمه (قلت :) ومن

هنا أسندت فائدة عظيمة أن المبيع بالببيع القاسد إذا كان مثليا يضمن بالمثل كما هو القياس ، وإن كان بعضهم قال : أنه يضمن بالقيمة ، وإطلاق صاحب التنبية يقتضيه ، فبهذا النص استقدنا أنه يضمن بالمثل ، والله أعلم .

(فرع) إذا اشترى ذلك بشرط القطع فلم يتفق القطع حتى بدا الصلاح فإن كانت الثمرة لا زكاة فيها فللبائع الاجبار على القطع ، كما كان قبل ذلك ، وإن كانت الزكاة تجب فيها فهل له ذلك ؟ أو لا يجب إلى ذلك ؟ بل ينفسخ العقد ؟ فيه قولان ، وقيل : بمجرد بدو الصلاح تعلقت الزكاة بها ، وبطل البيع رواه القفال عن الشافعي لتعذر التسليم ، كما لو اشترى حنطة فانها لت عليها حنطة أخرى قال ابن الرفعة : وهذا فيه نظر ، لأن المستحق بعض المبيع وهو على الاشاعة ، فليكن البطلان ، أن قيل به في قدر الزكاة كما إذا استحق بعض المبيع قال : وجوابه أن ما فصل عن قدر الزكاة يجب قطعه لو بقي العقد فيه وهو لا يمكن ، فلذلك تعذر تسليمه ، وكذلك يمنع من بيع بعض الثمار مشاعا قبل بدو الصلاح ، بناء على منع القسمة لأن الشركة تمنع من صحة شرط القطع لما في ذلك من تغيير عين المبيع .

(القسم الثاني) بحسب ما اقتضاه كلام المصنف إذا بيعت الثمار مع الأشجار من غير شرط القطع ، فإنه يصح ، وقد نص الشافعي رضي الله عنه على هذه المسألة ، نقلها القاضي أبو الطيب عن نصه في الرسالة وقد رأيتها في الأم أيضا في باب ثمره الحائط يباع أصله ، قال : فإن قال قائل : فكيف أجزتم بيع الثمرة لم يبد صلاحها مع الحائط ، وجعلتم لها حصة من الثمن ولم تجيزوها على الانفراد ؟ (قيل :) بما وصفنا من السنة ، وأراد الشافعي بالسنة الحديث المذكور ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « إلا أن يشترط المبتاع » وذكر الشافعي في الأم في هذا الموضع جواز بيع الدار بطرقها ومسيل مائها وأفنياتها وذلك غير معلوم ، لأنه في معنى الثمرة التي لم يبد صلاحها تتبع في البيع ولو بيع شيء من هذا على الانفراد لم يجز ، وكذلك العبد يباع بجملة جوارحه ، ولو أفرد بعضها لم يجز فوافق في هذا وخالف في أنه لا يجوز أفراد بعض جوارحه مع القطع أيضا .

قال القاضي أبو الطيب : ولو كان القطع يعنى في الثمرة اذا بيعت مع الأصل شرطاً لقال - يعنى في الحديث : الا أن يشترط المبتاع انقطع ، وفيه معنى وهو أنها متصلة بالأصل فعفى عن الفرر فيها كأساسات الدار ، وأصول الجذوع ، وطى الآبار ، وغير ذلك ، وأيضا فإنه اجماع لا خلاف فيه ، هذا كلام القاضي أبي الطيب (وأما) ما ذكره من المعنى فهو الذى ذكره المصنف وذكره غيره من الأصحاب أيضا ، ومرادهم أن الأصل غير متعرض للعاهة ، والثمرة تابعة ، لكن المصنف عدل عن الأمثلة المذكورة الى الحمل ، وكأنه لحظ في ذلك أن تلك الأشياء أجزاء من المبيع حقيقة والثمرة والحمل كل منهما ليس بجزء حقيقى ، فكان قياسها عليه أولى .

ولك أن تقول : أما قياسها على الحمل فإن كان المراد ما اذا بيعت الأم ودخل الحمل تبعاً فالفرق ظاهر ، وإن كان المراد ما اذا صرح بدخوله حتى يكون كمسألتنا هنا فقد قال الأصحاب : انه اذا قال : بعثك هذه الدابة وحملها ، ففى صحة العقد وجهان (أحدهما) عند الرافعى وبه قال ابن الحداد والشيخ أبو على : انه لا يصح (والثانى) وبه قال أبو زيد ، وهو مقتضى كلام القاضي أبي الطيب الصحة ، ومقتضى كلام القاضي أبي الطيب فى شرح الفروع أن قول الصحة مفرع على أن للحمل قسماً من الثمن ، والقول الآخر على أنه ليس له قسط .

(وأما) قياسها على الأساس فإن كان كلام الأصحاب - وإن كان يقتضى الصحة فى بيع الدار وأساسها - لكنهم أجروا خلافاً فى بيع الجبة وحشوها ، فطريقة قاطعة بالصحة لأنه جزء بخلاف الحمل . وطريقة مجرية للخلاف . فهلا جرى فى الثمرة مثل هاتين الطريقتين ؟ (فإن قلت :) مأخذ البطلان عند من يقول بها فى بيع الدابة وحملها ، والجبة وحشوها . أنه جعل المجهول مبيعاً مع المعلوم . وكل واحد من الحمل والحشو يمتنع أفراداً بالبيع . والثمرة بعد التأخير وقبل بدو الصلاح يحسب بيعها . ولكن بشرط القطع . ولا يلزم من إيجاب هذا الشرط عندما تباع وحدها إيجابها اذا بيعت مع غيرها ، ولا من القول بالبطلان فى مسألة الحمل والجبة ، القول به هنا .

(قلت :) يرد ذلك قول الشافعى رضى الله عنه الذى قدمته قريبا بجواز بيع الدار بطرقها ومسيل مائها وأقنييتها . وذلك غير معلوم . لأنه فى معنى الثمرة التى لم يبد صلاحها تتبع فى البيع . فهذا النص يقتضى الصحة فى الجميع . وأنه إذا قال : بعثك الدابة وحملها يصح . وهو رأى أبى زيد . وأيضا فإن الثمرة قبل بدو الصلاح إذا امتنع البيع فيها مطلقا وهى منفردة صارت غير قابلة للبيع على هذه الصورة . وما لا يجوز بيعه وحده لا يجوز بيعه مقصودا مع غيره كالحمل . وكيفما قدر لا يصح قياس الصحة فى مسألة الثمرة على الحمل الا عند من يقول بالصحة فيما إذا قال : بعثك الدابة وحملها (والمشهور) خلافه فكيف ساغ للمصنف القياس عليه ؟ .

وممن وافق المصنف على القياس على الحمل الرافعى رضى الله عنه . والاشكال عليه أشد . فانه صرح بأن بيع الأم وحملها لا يصح على الأصح (وأما) المصنف فلعله يرى الصحة . فان القاضى أبا الطيب فى شرح الفروع قال : ان أكثر أصحابنا على أنه يصح بيع الشاة ولبنها والجبّة وقطنها إذا علم أن الحثو قطن . وقال : ان مسألة الحمل مبنية على أن الحمل له قسط من الثمن أو لا . يعنى ان قلنا : له قسط صح . والا فلا لعدم العلم به . ويتفق وجوده . واستشهد للصحة فى بيع الشاة ولبنها ببيع الدار وحقوقها ، والجوز ولبه والرمان وحبّه . على أنه قال فى آخر كلامه : انه يجوز تخريجهما . أعنى الجوز ولبه ، والرمان وحبّه ، على الخلاف . فبالجملة الرافعى غير معذور فى القياس على الحمل ، وانما يصح القياس ممن يرى الصحة .

وكلام الشافعى فى هذا الباب يدل على أن الحمل ليس له قسط من الثمن . وذلك يعضد القول بعدم الصحة فى مسألة الحمل . ويتقوى الاشكال على القياس عليه . وقد يترك القياس المذكور اخفاء مأخذ الصحة فى مسألة انتفاء المعنى الذى ذكرته عن الامام فى منع البيع بغير شرط القطع ، وهو امتصاصها من ملك البائع . وهذا المعنى مفقود فيما إذا باعها معها أو نقول بأنها إذا باعها مع الشجر حصل تسليمها تاما فحصل الأمن من العاهة فى يد البائع بكل من المعنيين المقتضى لبطان بيعها وحدها معقود فى بيعها مع الشجرة ، فتعليل الصحة بهذا المأخذ أسلم عن الاعتراض من التعليل بالتبعية ، لما عرفت .

(فإن قلت :) ظاهر ما حكته من نص الشافعي يقتضي الصحة في بيع الدار بمسيلها وأفنيتهما وطرقها ، وهي غير معلومة ، وكيف يقع العقد على أماكن لم يرها العاقد ؟ (قلت :) يغتفر ذلك تبعاً للأساس ، والتحقيق في ذلك كله أن ما دخل في مسمى البيع وكان جزءاً فإنه يجوز أن يبيعه معه كحشو الجبة والأساس وما كان خارجاً عن مسماه وليس بجزء منه ، ظاهر النص الذي حكته يقتضي الجواز فيه أيضاً ، لأن المسيل والطرق خارجة • وبه جزم القاضي أبو الطيب ، ولم يحك فيه خلافاً في شرح الفروع • فإن صح ذلك فالحمل بطريق أولى من جهة أنه كالجزء ويحتمل أن يبطل فيه • وإن صح في تلك تخريجا على أن الحمل لا يعلم ، ولهذا قال الشافعي في كتاب الصرف : ولا خير في أن يبيع الرجل الدابة ويشترط عقابها (١) • هذا كله إذا جعله مقصوداً بأن قال : بعثك النخلة وثمرتها ، أو الجارية وحملها • هذا ما يتعلق بالمعنى الذي أبداه القاضي أبو الطيب والمصنف •

(وأما) ما ادعاه القاضي أبو الطيب من الإجماع فإن ذلك صحيح فيما إذا كان على وجه الاشتراط • كقوله : بعثك هذه النخلة بشرط أن ثمرتها لك • فإن ذلك صحيح لا شك فيه للحديث • أما إذا أتى به على وجه البيع كقوله بعثك النخلة وثمرتها • فإنه يجوز عندنا وعند المالكية • لكن مذهب مالك أنه لا حصصة للثمرة من الثمن • وكذلك مذهبه إذا اشتراها مشترى النخلة بعد شراء النخلة • وهو بعيد • وقال ابن حزم الظاهري : لا يجوز بيعها مع الأصول ولا فيها الا بالاشتراط فقط أخذاً بظاهر لفظ الحديث • ولأولين أن يقولوا : إنه لا معنى لادخالها بالشرط الا ادخالها في البيع • والا فهي لا تدخل عند الإطلاق ومتى أدخلها في البيع بأي لفظ كان فقد صارت مبيعة مع الشجر • نعم هل تقابل بقسط من الثمن أو لا ؟ جزم الشافعي بقوله لعنا بأنها تقابل بقسط • وقال في الحمل هنا : إنه لا يقابل بقسط • مع أن الأصح من المذهب أنه يقابل أيضاً •

(فرع) هذا الحكم الذي ذكرناه من جواز بيع الثمرة مع الأصول من غير شرط القطع ، لا خلاف في المذهب فيه أعلمه • قال الرافعي

(١) لعله (عقالها) أو عقبها أي ما تخلفه من زيادات منفصلة عنها ، والله أعلم •

رحمه الله : بل لا يجوز شرط القطع • لما فيه من الحجر على الشخص في ملكه • وسبقته في ذلك صاحب التتمة • وقال : انه لو شرطه بطل (قلت :) يرد عليه اذا باع الثمرة ممن يملك الأصل ، فان شرط القطع فيه حجر على الشخص في ملكه يعين ما قال • ومع ذلك فقد قال الرافعي : ان الأصح عند الجمهور وجوبه • وعلى الخوارزمي المنع بأنه يضر بمقتضى العقد ، اذ مقتضاه الابقاء ثم استشكله بأن ما يحمل عليه مطلق العقد من العادة بين الناس لا يصير قضية لازمة كالإطلاق يحمل على الحلول والنقد الغالب ثم لو عين نقدا لا أجلا صح • وقال ابن الرفعة : يشبهه على طريقة الامام والغزالي فيما اذا شرط في بيع العبد أن لا يكسوه الا كذا أن يصح ويلغى الشرط • وههنا القبيض بالتخليه يلا اشكال لأن التخليه تحصل في الأصل والثمرة معا اذ الثمرة تابعة للشجرة في التسليم ، والله أعلم •

(فرع) اطلاق المصنف جواز بيع الثمرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح يشمل ما اذا بدت من أكمائها وكانت مريثة وأما اذا لم تكن كذلك - وكذلك من وقفت على كلامهم من أصحاب أطلقوا المسألة ويشهد لذلك كلام الشافعي الذي قدمته في بيع الدار بمسيلها وطرقها ، وهي غير معلومة • لأن ذلك بيع وذلك ظاهر اذا قلنا : يجوز بيع الطلع في قشره وهو الأصح (أما) اذا منعناه فيحتمل أن يقال : انه يجوز أيضا تبعا • كما سقط شرط القطع • ويحتمل أن لا كما لو باعها معها بعد الصلاح •

(القسم الثالث) اذا باع الثمرة وحدها من مالك الأشجار بأن كان يملك أصلها ببيع متقدم أو هبة أو وصية أو كان قد أوصى له بثمره ومات الموصى ، فملكها وبقيت الأصول للورثة • اذا باع الثمرة في هذه الصورة من مالك الأصول هل يصح من غير شرط القطع ؟ فيه وجهان (أحدهما) يصح لما ذكره المصنف وهو الذي جزم به المصنف في التنبيه • وصححه الجرجاني والغزالي • وادعى ابن التلمساني أن الأكثرين على ترجيحه والبندنجي أنه ظاهرذهب لأنه لو شرط القطع لم يجب عليه أن يقطع ثمار نفسه عن أشجاره فعلى هذا لو شرط القطع بطل العقد لأنه ينافي مقتضى العقد ، قاله القاضي حسين في الزروع ، واعترض على القياس الذي ذكره المصنف

بالفرق فانه اذا باع الثمرة وخذها كانت العلة المذكورة في الحديث متوقعة من أكل المال بالباطل *

(وأما) اذا باعها مع الشجرة فعلى تقدير تلف الثمرة يرجع الى الأصل فلا يكون أكل المال بالباطل (والثاني) وهو الأصح عند الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب والمحاملى والرويانى والشاشى وابن أبى عسرون ، والجمهور ، على ما حكاه الرافعى أنه لا يصح ، والفرق بينه وبين ما اذا جمعهما عقد واحد أن العقد اذا جمعهما كانت الثمرة تابعة معقبة عن الغرر فيها كالأساس ، بخلاف ما اذا أفردت ، وقال الرويانى مع تصحيحه لهذا الوجه : أن الأول ظاهر المذهب ، وقال فى ايجابه انه أعنى أظهر القولين (١) هو القياس وفى هذا الكلام أن الخلاف قولان لا وجهان *

(فرع) على هذا الوجه لا يجب الوفاء بهذا الشرط كما تقدم والخوارزمى فى تعليقه (٢) وممن صرح به النووى فى المنهاج ، وأبدى ابن الرفعة فيه نظرا ، أخذوا من قول القاضى حسين : قال بعضهم : ويمكن بناء الوجهين على التعليلين فى منع بيع الثمرة قبل بدو الصلاح أن علل بالمشار اليه فى الحديث ، وهو أخذ الثمرة بتقدير التلف بغير عوض اقتضى البطلان هنا ، وإن علل بأن توقع التلف قبل الجذاذ يمنع تحقيق التسليم اقتضى الصحة ، لأن التسليم متحقق ، فإن الأصل فى ملك المشتري ، فلا علة لغيره فى المبيع ، وقال ابن الرفعة بعد أن ذكر عن بعضهم فى تعليل هذا الوجه أن سبب التصحيح فى بيعهما معا أن الأصل الشجر والثمار فيها ، وإن ذكرت تابعة لها فلا يضر تعرض العاهة لها ، ولا كذلك اذا بيعت منفردة قال : وهذا القائل تخير أن يقول : أن التسليم لا يحصل بذلك ، والا لم يصح له ما ذكر من التوجيه وهو مستمد من قول بض الأصحاب : أن من

(١) بياض بالأصل والعبارة لعلها هكذا : أظهر القولين عدم الإيجاب

(الطبعى)

هو القياس *

(٢) بياض بالأصل ويمكن تقدير العبارة هكذا والخوارزمى فى تعليقه

بأنه - أى المنع - يضر بمقتضى العقد ، إذ مقتضاه الإبقاء ، استشكل بأن

محمول مطلق العقد - العادة لا يصير قضية لازمة وممن صرح به النووى الخ *

(الطبعى)

في يده وديعة ونحوها اذا ابتاعها ووفر الثمن لابد من النقل والتحويل ، ليحصل القبض وفارق ما اذا باع الثمرة مع النخل فان التسليم بالتخلية بينه وبين النخل شملهما .

وعن ابن الصباغ والبندنجي والمحاملي أن هذا الوجه القائل بأنه لا يصح الا بشرط القطع أقيس . وما ادعوه من القياس فيه نظر ، والله أعلم . ولنرجع الى كلام المصنف .

(قوله) ولا يجوز بيع الثمار والزروع من غير شرط القطع شمل قسمين ، البيع بشرط التيقية المجمع على بطلانه . والبيع المطلق الذي خالفنا فيه أبو حنيفة والاستدلال بالحديث على القسمين ظاهر . وكذلك بالمعنى الذي ذكره من قوله : ولأن المبيع انما ينقل على حسب العادة الى قوله : وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز . وقد تقدم يسط ذلك وبيانه في ذكر حججنا وحجج الخصم .

(وقوله) وان ياعها بشرط القطع هو القسم الذي تكلمنا عليه ثانيا . وادعى جماعة فيه الاجماع وتقدم ما في ذلك (وقوله) لابد يأخذه قبل أن يتلف أى يستحق أخذه . والا فقد يتراضيان على بقاءه . وقد تقدم أنه يجوز ذلك عندنا .

(وقوله :) وان باع الثمرة مع الأصل أى سواء كان ذلك بصيغة الشرط أم بصيغة البيع (وقوله) لأن حكم الغرر يسقطه . إشارة الى أن الغرر لا ينتفى . ولكن لا يكون له حكم شرعا (وقوله) كالغرر في الحصل يسقط حكمه اذا بيع مع الأصل ظاهر ذلك أنه يختار الصحة فيما اذا باع الجارية وحملها . وكذلك يقتضيه كلام القاضي أبى الطيب في هذا الموضع (والأصح) في المذهب خلافه كما تقدم .

(وقوله :) وان باع الثمرة ممن يملك الأصل الى آخره . هو هذا القسم الثالث الذى شرحتة . وقد تقدم . وسيأتى القسم الآخر الذى بقى من أقسام بيع الثمار وهو أن يكون بعد بدو الصلاح في كلام المصنف ان شاء الله تعالى .

(فرع) اذا باع الثمرة التى لم يبد صلاحها وأطلق ، ثم

باع من مشتريها النخل بعد ذلك ، صح بيعه النخل ، ولا يصح بيع الثمرة ، بل هو مقر على بطلانه وأبدى الامام في كتاب المساقاة تخريج وجه فيه مما اذا زارعه على الأرض بين النخيل ثم ساقاه عليها انه يصح ، ويتبين بالمساقاة بعدها صحة المزارعة على بعد من استبعاده لهذا الوجه قال : فان كان لهذا الوجه صحة وثبوت فلا بد من طرده في بيع الثمار اذا تقدمت ، واستأخر عنه بيع الأشجار ، هذا ما يتعلق بمسائل الثمار (وأما) الزروع فقد أدرجها المصنف مع الثمار وأجراها مجرى واحدا ، والأقسام التي في الثمار عائدة بعينها في الزروع .

(القسم الأول) أن يبيعه مفردة عن الأرض من غير مالك الأرض قبل الاشتداد ، فان باعها بشرط التبقية أو مطلقا بطل الحديث ، وهو قوله : « وعن السنبل حتى يبيض ويأمن المعاهة » وفي الحديث الآخر : « وعن بيع الحب حتى يشتد » وقياس مذهب أبي حنيفة وتجويزه البيع في الثمار مطلقا أن يجوزه في الزروع أيضا ، وان باعها بشرط القطع جاز عندنا وعند جمهور العلماء كما تقدم في الثمار وخالف سفيان الثوري وابن أبي ليلى كما خالفنا هناك فقالا : لا يجوز مطلقا ، واتفق هؤلاء العلماء المشهورون وسفيان وابن أبي ليلى أيضا على أنه لا فرق في الزرع في السنبل والقصيل ، يمتنع بيع القصيل من غير شرط القطع .

وخالف ابن حزم الظاهري فجوزه تمسكا بأن النهي انما ورد عن السنبل ، قال : ولم يأت في منع بيع الزرع منذ ينبت الى أن يسنبل نص أصلا ، وروى عن أبي اسحاق الشيباني قال : سألت عكرمة عن بيع القصيل . فقال : لا بأس ، فقلت : انه سنبل فكرهه . قال : وهذا نفس قولنا . وممن ذكر حكم هذه الأحوال الثلاث مع المصنف في الزرع الماوردي والرافعي وغيرهما ولو باع القتل أو القصيل بشرط أنه يرعى دوابه لا يصح . ولا يجعل هذا كشرط القطع قاله الخوارزمي .

(واعلم) أن الأصحاب اتفقوا — فيما أعلم — على اشتراط شرط القطع في هذا القسم ، وقال الغزالي في الوسيط : (أما) البقل ان يبيع مع الأصول فلا يشترط القطع ، وان يبيع دون الأصول

بنزل على القطع ، قال ابن أبي الدم : يريد به أنه لا بد من شرط القطع فيه ، قال الامام : لا بد من شرط القطع فيه وهكذا قال ابن يحيى في محيطه . انه لا بد من شرط القطع ، وذكره الشيخ في البسيط في الزرع الأخضر ، وهكذا ذكره الجماعة في الزرع الأخضر ، وكان يمكن أن يقال : لا يشترط اشتراط القطع في هذا ، بل متى أطلق نزل العقد على شرط القطع ، خوفا من الاختلاط ، بخلاف الثمار ، ولفظ الشيخ في الوسيط يشعر به ، لكن المنقول ما ذكرته ، هذا كلام ابن أبي الدم .

وقال ابن الرفعة : ان الأتسبه الفرق بين أن يكون ذلك لم يئنه الى الحالة التي يجذ فيها ، فلا يجوز بيعه الا بشرط القطع . أو أن ينتهى فيجوز كما ذكرنا عن الماوردى . وعليه يحمل كلام الغزالى . لأنه ذكره عند الكلام في بيع ما بدا صلاحه فظاهر نصه في الأم يدل على ذلك . لقول الشافعى فيها : لا يجوز أن يباع القرط الا جذة واحدة عند بلوغ الجذاذ ويأخذ صاحبه في جذاذه عند ابتياعه . وقال في هذه الحالة : انه اذا تركه من غير شرط في العقد أياما وقطعه ممكن في أول منها كان المشتري منه بالخيار في أن يدع الفضل الذى له بلا ثمن أو ينقض البيع .

(قلت) وهذا حمل حسن . وعليه يدل كلام القاضى حسين ومرا د ابن الرفعة بكلام الماوردى ما سيأتى عنه في بدو الصلاح . وأنه جعل لذلك النوع حالة اصلاح ولكن في كلام الشافعى الذى اعتضد به ابن الرفعة ما يفهم أنه اذا شرط تركه لم يصح وهو ظاهر لأنه يؤدى الى اختلاط . فان ثبت ذلك وثبت أنه لا يشترط فيه شرط القطع يكون هذا نوعا مما بدا صلاحه لا يجوز فيه شرط التبقية . ويجوز فيه شرط القطع والاطلاق . لكن يكون هذا فيما يعتاد جذه حتى يكون ذلك صلاحا فيه .

(أما) الزرع الذى يعتاد ابقاؤه فمتى باعه بغير شرط القطع قسد . سواء كان بقصلا أو قصيلا أو سنبلًا . ما لم يشتد . وقال الشافعى أيضا : لا يجوز بيع القصيل الا على أن يقطع مكانه مما يستخلف أو لا يستخلف ، ولا يزيد ، وهذا النص يحمل على ما لم يبد صلاحه ، ولا ينافى ما قاله ابن الرفعة ، وهذا القسم هو الذى نتكلم فيه هنا

(وأما) الأول الذى يكون وصل الى حالة صلاح فسيأتى الكلام فى بيع ما بدا صلاحه ، والله أعلم .

(القسم الثانى) أن لا يباع الزرع مع الأرض فيجوز من غير شرط القطع كما مر فى الثمار مع الأشجار ، وممن نص عليه مع المصنف الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى والمحاملى والرافعى وبقية الأصحاب والمباحث المتقدمة هناك عائدة هنا .

(تنبيه) اطلاق المصنف جواز بيع الزرع والثمرة مع الأرض والشجر ، يشمل ما اذا كان الزرع لم يتسنبل بعد ، أو تسنبل ولم يشتد ، ولذلك صرح به الأصحاب ، وهو باطلاقه يشمل ما اذا كان الحب الذى فى السنبل غير المشتد مرثيا كالشعير أو غير مرثى كالحنطة ، وانما فصلوا بين المرثى وغيره فيما بعد بدو الصلاح على ما سيأتى ان شاء الله تعالى فان كانت التبقية تقتضى المسامحة فى ذلك فينبغى فى الموضعين ، والا فما الفرق وقد تقدم مثل ذلك فى الثمار أيضا .

(القسم الثالث) اذا باع الزرع وحده من مالك الأرض فهو كبيع الثمرة من مالك الشجرة ، جزم المصنف فى التنبيه بالجواز ، وذكر ههنا الوجهين ، وقد تقدم ذكرهما ، ولم أر من صرح بهذه المسألة فى الزرع غير المصنف والقاضى حسين والرويانى والجرجانى والمتولى ، ومقتضى نصح الذى نقلوه عن الرهن أيضا يدل له ، وكثير من الأصحاب يقتضون على حكم الثمار ، وكأنهم مكتفون بذلك عن ذكر حكم الزرع ، قال القاضى حسين وغيره : فعلى قولنا : لا يحتاج الى شرط القطع لو شرط فيه القطع بطل العقد ، لأنه ينافى مقتضى العقد ، وفيه ضرر على المشتري .

(فرع) قول المصنف هنا : اذا باع الزرع ممن يملك الأرض ، وقال فى التنبيه من صاحب الأصل فظاهره أيضا أنه المالك ، فلو باع الزرع من مستأجر الأرض وذلك يفرض فى صور (منها) اذا استأجر أرضا وزرعها وباع الزرع بشرط القطع وتراضيا على ابقائه ، ثم اشتراه البائع مطلقا ، هل يكون كالمالك ؟ أو لو كان المالك غير مستحق للمنفعة بأن كانت مستأجرة مثلا ؟ هل يستمر الحكم المذكور ؟

أو نقول : ان المسالك في هذا الوقت لا يد له ولا منفعة فهو كالأجنبي ؟
(وأما) الثمرة فلا يمكن فيها ذلك ، لأن الشجرة لا يجوز استئجارها ،
كما صرح به بعض الأصحاب في هذا الباب .

(فرع) لو باع الزرع من مالك الأرض بالأرض ، فانه يصح
ويشترط فيه ذكر القطع ، قاله القاضى حسين وصاحب التتمة
والخوارزمى ، وهو ينبغى أن يكون تقييدا لما تقدم من الاطلاق ، وعلى
قياسه اذا باع الشجرة بالشجرة .

(فرع) قد تقدمت الأحاديث الواردة في المنع عن بيع الثمار
قبل بدو الصلاح (ومنها) ما هو مطلق (ومنها) ما هو وارد في النخل ،
قال ابن عبد البر : ولا خلاف بين العلماء أن جميع الثمار داخل
في معنى ثمر النخل ، وأنه اذا بدا صلاحه وطاب أوله حل بيعه .

(فرع) لا فرق في الثمار بين ما يجذ كالبلح والبسر ، أو
يقطف كالحصرم والعنب . أو يجمع كالبطيخ والقثاء والخيار
والباذنجان . وكذلك التفاح والكمثرى والخوخ والجوز واللوز والبرانج .
كلها تجزى فيها الأقسام المتقدمة والآتية في بيعها قبل بدو الصلاح
وبعده ، ومنفردة وتابعة ، والله أعلم .

(فرع) الفجل المغروس في الأرض والسلجم والجزر والسلق
اذا اشترى ورقه فان شرط القطع جاز ، أو التبقية أو أطلق لم يجز .
وان اشترى أصله المغروس في الأرض لم يجز . سواء قلنا : بيع الغائب
باطل أو صحيح . لأنه لا يمكن رده الى البائع على صفته . قاله القاضى
أبو الطيب والقاضى حسين وغيرهما .

(فرع) قال القاضى حسين : اذا باع أصل الكراث مع الكراث
صح العقد . ويؤمر بالقلع ، ولو باع العروق بدون الكراث لم يصح ،
ويكون بيع الغائب وبيع المجهول ، ولو باع القصب الفارسى وما يتكرر
قطعه حكمه حكم الكراث . وقال في الجوز ونحوه : اذا كان في الأرض
ويكن (١) بعضه ظاهر من الأرض فانه يجوز بيعه كالصبرة اذا رأى

(١) كذا بالنسخة المطبوعة والعبارة غير مستساغة ولعلها : « اذا كان
في الأرض ولم يكن بعضه ظاهرا من الأرض » . (الطبعي)

ظاهرها دون باطنها وسيأتى عن الامام أن البقول التى تتزايد لا يجوز بيعها الا بشرط القطع مطلقا . وليس لها حالة كمال بدو الصلاح .

(فرع) قال ابن الحداد فى المولدات : باع نصف ثمرة على رؤوس النخل قبل زهو الثمرة ، فالبيع باطل لأنه لا يمكن أن يقسم . وكذلك ان باعه نصف زرعه بطلا وكذلك قاله القاضى حسين فى الزرع والرويانى فى الزرع والثمرة جميعا ، وقد ذكر هذا الفرع غير واحد من الأصحاب ، ونص عليه الشافعى فى الصلح أنه لا يجوز على نصف الزرع وذكره المزنى آخر مسألة فى كتاب الصلح . قال الرافعى وغيره : وعلوه بأن البيع والحالة هذه يفتقر الى شرط القطع . ولا يمكن قطع النصف مشاعا الا بقطع الكل فيتضرر البائع بنقصان عين المبيع فأشبهه ما اذا باع نصفا معيناً من سيف أو أسطوانة وعليها سقف دار بحيث لا يمكن تسليمها الا بهدم الدار ، فانه لا يصح العقد فيه . وقال الرافعى : وما ذكروه من أن قطع النصف لا يمكن الا بقطع الكل انما يستمر بتقدير دوام الاشاعة وامتناع القسمة .

(أما) اذا جوزنا قسمة الثمار فى حال الرطوبة بناء على أنها افراز ، فيمكن قطع النصف من غير قطع الكل ، بأن يقسم أو لا فليكن منع القول مبنيا على القول بامتناع القسمة لا مطلقا ، وعلى هذا يدل كلام ابن الحداد . قال القاضى أبو الطيب : هو الصحيح (قلت :) قد قدمت فى باب الربا فى جواز قسمة الثمار على الأشجار أنه فى غير الرطب والعنب ، لا يجوز قطعا . وفى العنب والرطب ثلاث طرق (أصحها) وهى التى رجحها صاحب التهذيب والمحاملى ، أنه لا يجوز . وان قلنا : انها افراز (والثانى) تخريجها على القولين (والثالث) يجوز ، وان قلنا : انها بيع ، ومحل الطرق الثلاث على ما نبه عليه المحاملى ما بعد بدو الصلاح (أما) قبل بدو الصلاح فلا يجوز جزما ، وان كان كلام كثير من الأصحاب مطلقا وفتيا ابن الحداد هنا ومن وافقه صحيحة فى غير العنب والرطب جزما ، وفى الرطب والعنب اما جزما على ما قاله المحاملى ، واما على الأصح اذا جعلنا الخلاف مطلقا .

وما صححه القاضى أبو الطيب من تخريجها على الخلاف فى

القسمة — وان كان مخالفا لما قاله المحاملي — فليس فيه تصحيح للجواز ، لأنه لم يذكر هنا ، أما الأصح عنده في القسمة وقد صحح الرافعي في باب الربا أن قسمة ذلك تبع . فيكون الأصح عنده على مقتضى ذلك أنه لا يجوز قسمتها ، وان كان في باب القسمة حكى اختلاف التصحيح في قسمة المتشابهات . وهذا كله بناء على ما أفهمه نقل الرافعي عن أبي الطيب من آخر الخلاف في ذلك ، والذي ادعاه ابن أبي الدم أنه لا خلاف في البطلان . وأن ابن الحداد علله بامتناع القسمة وغلطه الأصحاب في التعليل ، وأن أبا الطيب قال : الصحيح ما علل به ابن الحداد ، وقد نص الشافعي على هذه العلة ، فالتصحيح حينئذ في التعليل ولا خلاف في الحكم .

وقد قال الشافعي رضى الله عنه في باب الآجال من الأم : انه اذا كان بين القوم حائط فيه الثمر لم يبد صلاحه ، فأرادوا اقتسامه فلا يجوز قسمه بالثمرة بحال . وكذلك لو بدا صلاحها لم يجز من قبل أن للنخل والأرض حصة من الثمن ، وللثمرة حصة من الثمن . فتقع الثمرة بالثمرة مجهولة ، لا بخرص ولا تبع ، ولا تجوز قسمته الا أن يقتسما الأصل وتكون الثمرة بينهما مشاعا ان كانت لم تبلغ ، أو كانت قد بلغت غير أنها اذا بلغت لا بأس أن يقتسماها بالخرص قسما منفردا . وان أرادا أن يقتسما الثمرة مع النخل اقتسماها ببيع من البيوع ، فيقوم كل سهم بأرضه وشجره وثمره . ثم أخذ بهذا البيع لا بقرة . واذا اختلف فكان تخلا وكرما فلا بأس أن يقسم أحدهما بالآخر وفيهما ثمرة لأنه ليس في تفاضل الثمرة بالثمرة تخالفا ربا في يد بيد انتهى . فهذا نص في امتناع القسمة قبل بدو الصلاح ، وأوله يقتضى امتناع القسمة بعد بدو الصلاح أيضا ، لكن قوله : غير أنها اذا بلغت فلا بأس أن يقتسماها بالخرص قسما منفردا يقتضى جواز قسمها بعد بدو الصلاح فليتأمل .

(واعلم) أن ابن الحداد علل المنع في ذلك بامتناع القسمة كما رأيت ، وغلطه بعض الأصحاب في التعليل ، وقال : ليس العلة أنه لا يصح قسمتها ، فان البيع لا يصح وان قلنا : قسمتها صحيحة وأن القسمة أفرز ، وانما لم يصح ذلك لأن اشتراط القطع لا يصح فيها ،

لأن نصفها مشاعا لا يمكن قطعه ، قال القاضي أبو الطيب :
هذا الذى قاله هذا القائل ليس بصحيح ، والتعليل هو الذى ذكره
ابن الحداد ، ونص الشافعى كذلك ، قال فى الصلح : لو كان الزرع
بين الرجلين وصاحبه أحدهما على نصف الزرع لم يجز من قبل أن
الزرع لا يجوز أن يقسم أخضر ، ولا يجبر شريكه على أن يقطع
منه شيئا ، ومقتضى هذا الكلام من أبى الطيب أن علة ابن الحداد
هى الصحيحة ، وأن القول بذلك مبنى على امتناع القسمة وأن القائل
الآخر خالفه فى التعليل وعمم الحكم ، ثم قال القاضي أبو الطيب
بعد ذلك : انه اذا قلنا : تصح قسمة الثمار صح بيعه ، لأن شرط القطع
يصح فيه ، فيبيع نصف الثمرة أو نصف الزرع بشرط القطع ثم
يطالبه بالقسمة فى الحال فيقاسمه ثم يقطعه .

(وأما) اذا قلنا : لا تصح القسمة فباع نصفها بشرط قطع
الجميع لم يصح ، لأن البائع لا يجبر على قطع ما لم يبيع ، والشرط
فيه لا يصح ، ولا يمكن قطع المبيع منفردا ، لأنه مشاع ، وهذا
الذى قاله القاضي بعد أن قرر أن العلة الصحيحة امتناع القسمة ،
وأن المسألة مبنية عليها وهو صحيح ، لكن قد ثبت أن الثمار لا تصح
قسمتها ، وكفى بهذا النص الذى فى الصلح دليلا على امتناع قسمتها ،
والله أعلم .

ولم أر أحدا صرح بجواز بيعها غير القاضي فى هذا الكلام
الذى قاله ، ويشبه أن يكون تفريعا من عنده على مقتضى البناء
على القسمة ، وما أفهمه نص الشافعى ، ولقائل أن يقول : ليس التمسك
بمفهوم ذلك على اثبات خلاف فى هذه المسألة بأولى من التمسك به
على امتناع القسمة ، والجزم بامتناع البيع ههنا ، وكيفما قدر
فالمنع فى هذه المسألة اما أن يكون هو الصحيح أو يكون مجزوما به ،
واذا نظرت الى كلام الرافعى بمجردده ، وما قاله فيما اذا جوزنا
قسمة الثمار الرطبة بناء على أنها افراز ، وما حكاه عن أبى الطيب
أن تخريجها على ذلك هو الصحيح ، وفى ذهنك أن قسمة المائثلاث
افراز ، توهمت من مجموع ذلك أن الصحيح الجواز فى هذه المسألة ،
وليس كذلك بل الزرع لا يجوز جزما لأنه لا تجوز قسمة خرصا
جزما ، والثمار غير الرطب ، والعنب كذلك ، والرطب والعنب يجزى

فيهما الخرص ، وفي قسمتهما خرصا خلاف ، المنقول عن نصه في
الخرص الجواز ، وذكر الرافعي أنه الأصح تفريعا على أن القسمة
افراز ، لكنه ذكر في ذلك الموضع أن الأظهر أنها بيع ، فيكون الأظهر
امتناع البيع في ذلك .

والعجب من القاضي أبي الطيب ، كيف صرح هنا ببيع الزرع
على قسمته ، مع أنه جزم في باب الربا أنه لا تجوز قسمة غير الرطب
والعنب خرصا ، وإنما يتأتى ذلك عند من يرى أنه تجوز قسمته
خرصا ، ولا أعلم أحدا صرح بذلك ، إلا أن لنا وجها ضعيفا أن الخرص
يجرى في غير الرطب والعنب ، فيجىء على مقتضاه خلاف في قسمة
ذلك خرصا ، قال ابن الرفعة : (فإن قلت :) الأصحاب قالوا في كتاب
المساقاة : إن بيع بعض الثمار مثاعا بعد بدو الصلاح يصح ، وإن
لم تجز القسمة (قلت :) صحيح لأن التيقية تجب على البائع ،
وهي تستلزم تبقية الباقي إذا لم تجز القسمة بالخرص ، وليس فيها
تغيير عين المبيع ، والله أعلم .

(فرع) من هذا الجنس لو باع نصف الثمرة مع نصف
النخل صح ، وكانت الثمار تابعة ، قاله الرافعي وغيره ، وكذا إذا
باع نصف الثمرة مع جميع الشجرة . قاله الخوارزمي ، فلو شرط
القطع في ذلك احتمل أن يكون اشتراطه في بيع كل الثمرة مع كل
الأصل . واحتمل أن يكون أولى بالفساد . لأجل امتناع القسمة .
ولو كانت الشجرة أو الأرض لواحد والثمره أو الزرع لآخر ،
فباع نصف الثمرة من مالك النخل ، أو نصف الزرع من مالك الأرض ،
فوجهان مبنيان على الوجهين في اشتراط القطع ، لو باع الثمرة كلها
من صاحب الأصل ، قاله القاضي حسين في الزرع ، والرافعي في الثمرة ،
وقد تقدم الخلاف في الأصح من الوجهين ، وأن الأصح الاشتراط ،
فيجىء عليه أن الأصح هنا عدم الصحة .

ولو كانت الثمار والأشجار أو الزروع والأرض مشتركة بين
رجلين ، فاشتري أحدهما نصيب صاحبه من الزرع أو الثمرة لم يصح ،
وقال الخوارزمي : إن اشترى نصيب صاحبه من الزرع بنصيبه من
الزرع لم يجز لا مطلقا ولا بشرط القطع على الأصح ، فأشعر

بخلاف ، ولعله الذى تقدم الكلام فيه فى بيع نصف الثمرة والزرع مشاعاً على قولنا : القسمة افراز ، ولو اشترى نصيب صاحبه من الثمرة بنصيبه من الشجرة ، أو نصيب صاحبه من الزرع بنصيبه من الأرض فإن باعه مطلقاً لم يجز ، وإن كان بشرط القطع صح ، لأن جملة النمار أو الزرع تصير للمشتري ، وجملة الشجر أو الأرض تصير للآخر ، وعلى مشتري الثمرة أو الزرع قطع الكل ، لأنه التزم بهذه المعاملة قطع النصف المشتري بالشرط ، والتزم تفريغ الأشجار والأرض لصاحبه ، وبيع الشجرة أو الأرض على أن يفرغها للمشتري جائز ، قاله القاضى حسين فى الزروع ، والرافعى فى الثمار ، وكذلك القاضى أبو الطيب فى شرح الفروع .

ولو كانت الأشجار أو الأرض لواحد ، والثمرة أو الزرع لآخرين ، فاشترى صاحب الشجرة نصيب صاحبه من الثمرة بنصف الشجرة ، أو اشترى صاحب الأرض نصيب صاحبه من الزرع بنصف الأرض ، بشرط القطع ، صح قاله الرافعى ، وإن كان بغير شرط القطع ، ففيه وجهان مبنيان على اشتراط القطع إذا باع الكل من صاحب الأصل قاله القاضى حسين ، فأما إذا باع نصف الثمرة أو نصف الزرع من غير مالك الأرض فيشترط شرط القطع قولاً واحداً .

وقال الخوارزمى فى الكافى : لو كان الزرع لهما والأرض لأحدهما فباع أحدهما نصيبه من الزرع البقل من صاحبه لا يجوز لا مطلقاً ، ولا بشرط القطع كما لو باع من غيره ، ولو كانت الأرض لآخرين والزرع لواحد عكس ما تقدم ، فإن باع الزرع من أجنبى فالحكم واضح ، وإن باعه من مالك الأرض فيخرج على الوجهين ، وإن باع الكل من أحدهما لم يصح ، وإن باع النصف من أحدهما يخرج على الوجهين ، إن قلنا : لا يحتاج إلى شرط القطع جاز ، وإلا فلا ، قاله القاضى حسين ، ولو كان الزرع لواحد والأرض لآخر فباع الزرع بالأرض ، فقد تقدم . ولو باع صاحب الزرع زرعه من صاحب الأرض بنصف أرضه قال فى التتمة : فإن قلنا : إنه إذا باع الزرع من مالك الأرض بشرط القطع فالعقد صحيح ، ويشترط القطع فى الكل لأن كل الزرع مبيع (وإن قلنا) لا يعتبر فيه شرط القطع فالعقد باطل ، لأن شرط القطع فى النصف مبطل للعقد ، لأن الأرض ملكه ، ولا يمكن

افراز النصف بشرط القطع فيه ، لأن النصف لا يعرف الا بالقسمة ، ولو اشترى جميع الأرض بنصف الزرع فيها ، فالعقد باطل . قاله في التتمة .

واطلاق صدر المسألة في أنه لا يجوز بيع نصف الزرع مشاعا يشمل ولو باع جميع الزرع مع نصف الأرض قال في التتمة : لا يجوز . لأن النصف الذي هو مبيع مع الأرض لا يجوز شرط القطع فيه . والنصف الذي هو مبيع دون الأرض لا بد من شرط القطع ، وشرط النقص في النصف لا يمكن ، والله أعلم .

ولو استثنى نصف الثمرة غير المؤبرة فقد تقدم في موضعه .

(فرع) رأيت في المطارحات لابن القطان أنه ان باع نصف الزرع مشاعا مع جميع الأرض جاز . فان باعه مع بعض الأرض أو دون الأرض لم يجز ، ولم يتضح لى ذلك . ولعله غلط في النسخة .

(فرع) في رهن الثمرة وهبتها قبل بدو الصلاح خلاف . سيأتى ان شاء الله تعالى في موضعه ان يسر الله ذلك .

(فرع) قال أحمد بن بشر عن نصح (١) . ولا بأس بشراء نصف الثمرة جزاها قال أحمد : يشبه أن يكون بعد بدو صلاحها .

(فرع) البطيخ له أحوال (الحالة الأولى) أن يبيعه مع الأرض فيستغنى عن شرط القطع . وتكون الأرض كالشجرة .

(والحالة الثانية) أن يفرد أصول البطيخ بالبيع ، قال العراقيون والامام وغيرهم : يجوز ولا حاجة الى شرط القطع ، اذ لم يخف الاختلاط ، ثم الحمل الموجود يبقى للبائع ، وما يحدث يكون للمشتري ، قال ابن الرفعة : ولم يخرجوه على ما اذا أطلعت النخلة بعد البيع ، وكان بعض ثمرتها مؤبرة حين البيع لأجل أن ذلك يعد حملا واحدا ، وهذه بطون . وان خيف اختلاط الحملين فلا بد من شرط القطع ، فان شرط فلم يتفق حتى وقع الاختلاط فطريقان سنذكرهما في نظيره

(١) الضمير في نصه يعود على نص الشافعى في الام أو الاملاء وأحمد ابن بشر هو ابن عامر الروروذى القاضى أبو حامد (ط) .

أن شاء الله تعالى ، ولو باع الأصول قبل خروج الحمل فلا بد من شرط القطع أو القلع كالزرع الأخضر ، فإذا شرطه ثم اتفق بقاءه حتى خرج الحمل فهو للمشتري ، قال ابن الرفعة : وفي صحة البيع نظر ، لأن مثله لا ينتفع به الانتفاع المقصود .

(الحالة الثالثة) أن يبيع البطيخ مع أصوله منفردا عن الأرض ، فالذي قاله القاضي أبو الطيب وغيره من العراقيين الصحة ، وقال الامام والغزالي والمتولي : لا بد من شرط القطع ، لأن البطيخ مع أصوله متعرض للعاهة بخلاف الشجر مع الثمرة ، وذكر ابن الرفعة أن هذا من تفقه الامام وأن المنقول خلافه ، واعتمد في ذلك على فهمه لكلام جماعة من العراقيين ، والرافعي أبدى ذلك تخريجا فقال : قضية ما نقلناه في بيع الأصول وحدها إذا لم يخف الاختلاط أنه لا حاجة لشرط القطع ، فليعلم قول المصنف — بالواو — وكذلك وهذا الذي قاله الرافعي متعين ، أما أن يقال بالجواز في المسألتين أو بالمنع فيهما ، والأول أقرب الى كلام العراقيين .

(والثاني) مقتضى كلام القاضي حسين والفوراني والامام : يلزمه الفرق بين بيع الأصول وحدها وبيع الأصول مع البطيخ ، حيث قال بالصحة في الأول ، ومنع في الثاني وكيفما قدر فالصحيح ما فهم من كلام العراقيين من اطلاق الصحة في الموضوعين ، وفي كلام انشافعي في المختصر ما يمكن التمسك به في ذلك .

(الحالة الرابعة) أن يبيع البطيخ وحده دون أصوله ، فإن كان قبل بدو الصلاح لم يصح ، وإن كان بدا الصلاح في كله أو بعضه نظر — أن كان يخاف خروج غيره — فلا بد من شرط القطع ، فإن شرط فلم يقطع ففي الانفساخ للبيع قولان يأتي نظيرهما أن شاء الله تعالى . وقال ابن الرفعة : قد يقال : أن ذلك ظاهر على قولنا : أن الاختلاط إذا حصل يبطل البيع ، أما إذا قلنا : لا يبطل فيصح ههنا . والفرق بين ذلك وبين توقع التلف أن المالية هناك تذهب كما يشير اليها الخبر ولا كذلك ههنا . وإن كان لا يخاف خروج غيره جاز من غير شرط القطع . والباذنجان والقثاء والخيار ونحوه كالبطيخ في الأحوال المذكورة ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان بدا صلاحها جاز بيعها بشرط القطع لحديث ابن عمر رضي الله عنهما ولأنه اذا جاز بيعه بشرط القطع قبل بدو الصلاح فلأن يجوز بعد بدو الصلاح أولى ويجوز بيعها مطلقا للخبر . ولأنه أمن من العاهة فجاز بيعها مطلقا كسائر الأموال ويجوز بيعها بشرط التبقية الى الجذاذ للخبر . ولأن اطلاق البيع يقتضى التبقية الى أوان الجذاذ . فاذا شرط التبقية فقد شرط ما يقتضيه الاطلاق فجاز) .

(الشرح) القسم الرابع من الأقسام المتقدمة . وان ثبئت قلت : الثاني أن يبيع الثمار بعد بدو الصلاح فانه يجوز مطلقا . وقسمه الأصحاب أيضا باعتبار شرط القطع والتبقية والاطلاق الى ثلاثة أحوال لأحكام تترتب على ذلك :

(الحالة الأولى) أن يبيعها بشرط القطع فهذا جائز اجماعا ، وممن ادعى الاجماع فيه الماوردي ، ومستنده اما مفهوم حديث ابن عمر وشبهه من الأحاديث المتقدمة المتضمنة النهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، فان مفهوم الغاية يقتضى جواز بيعها عند بدو الصلاح ، عند القائلين بالمفهوم ، وأما زوال الحالة المقتضية للتحريم ، فيرجع الى أصل حل البيع عند من لا يقول بالمفهوم ، وهذا لا بد من الاعتضاد به . فان في التمسك بالمفهوم في الأحوال الثلاثة بحثا من جهة أن المفهوم له عموم أو لا . قال شارح البرهان في أصول الفقه : ان استند المفهوم الى طلب فوائد التخصيص لم يعم ، وان استند الى أن ذلك من جهة اللفظ عم ، وعزى الأول الى الشافعي ، لكننا قدمنا عن الشافعي ما يقتضى خلاف ذلك ، فان صح ما قدمناه عن الشافعي اتجه استدلال المصنف على مذهبه في الخبر في الحالتين ، ولا احتياج الى الاعتضاد بالأصل المذكور والقياس الذي ذكره المصنف رحمه الله تعالى على ما قبل بدو الصلاح ، وقد تقدم الكلام في البيع بشرط القطع قبل بدو الصلاح ، والله أعلم .

وفي هذه الحالة هل اذا شرط القطع يجب ؟ قد تقدم فيما قبل بدو الصلاح أنه يجب ، ولو تراضيا على الترك جاز ، وكذلك يأتي

ههنا بطريق أولى ، قال الامام : ولا شك أن هذا يعنى جواز البيع بشرط القطع بعد بدو الصلاح مطرد في ابتياع الشجرة على شرط القطع من المغرس ، وابتياع البناء كذلك .

(الحالة الثانية) أن يبيعها مطلقا فيجوز أيضا بلا خلاف للخبر ، وقد تقدم ما في ذلك ، وبالقيااس الذى ذكره المصنف ، قال الشافعى رضى الله عنه والأصحاب : وفي هذه الحالة للمشتري تركها الى أوان الجذاذ ، وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : يجب على المشتري قطعها في الحال بناء على أصله في أن اطلاق العقد يقتضى القطع . واطلاقه عندنا يقتضى التبقية بالعرف وبقوله صلى الله عليه وسلم في بيع الثمرة قبل بدو الصلاح : « رأيت اذا منع الله تعالى الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » قال القاضى أبو الطيب : هذا التعليل يدل على أن بيع الثمرة مطلقا يوجب تبقيتها الى أوان البلوغ . لأنه لو وجب قطعها في الحال لم تكن تعرض للجائحة والتلف . وقال الحنفية : ان هذا كمن قال : بتعتك هذا بألف ولم يتعرض لدراهم ولا لدنانير . وكانت قيمته في العرف ألف درهم . فالعرف يقتضى أن العاقد لا يشتريه بألف دينار ، ومع ذلك العقد باطل .

وأجاب أصحابنا بأن في العرف من أطلق الألف اتكالا على العرف ينسب الى الجهل . ومن اشترى ثمرة ولم يتعرض للابقاء وطمع في الإبقاء لا ينسب الى الجهل ولا يعد مقصرا بتركه .

(الحالة الثالثة) أن يبيعها بشرط التبقية فيصح عندنا . وبه قال محمد بن الحسن ومالك وأحمد وداود وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : لا يصح تمسكا بأن ذلك يناهى مقتضى هذا العقد الخاص للتبقية . وعن الثانى بما اذا اشترى دارا وللبائع فيها متاع فانه ينقله على حسب العادة . وتمسك المصنف وأصحابنا في ذلك بالخبر ومفهوم الغاية فيه . وقد تقدم ما في ذلك لاسيما وأبو حنيفة ينكر مفهوم الغاية . وان اعترف به بعض المنكرين للمفهوم . والتمسك بالقياس مبنى على اقتضاء العرف لذلك ، والله عز وجل أعلم .

(فرع) أطلق المصنف أنه اذا بدا صلاحها جاز بيعها . ومراده بذلك أن المنع الذى كان قبل بدو الصلاح يرتفع فيجوز البيع بشروطه

المذكورة في مواضعها فالشعير يجوز بيعه لأنه مشاهد في سنبله . وكذلك كل ثمرة بارزة كالفتح والمشمش والخوخ والكمثرى ، أو زرع بارز حبه في غير كمام ، كالشعير والذرة . وكذلك ما كان مستورا بقشرة واحدة ومصلحته في بقاءه فيها كالرمان والبادنجان والأرز على خلاف فيه . وأما ما عليه قشرة يتحفظ بغيرها كالقطن والسمسم والعدس . أو قشرتان اما كالفستق والبندق والجوز . وأما كالباقلاء واللوز الرطب فلا يجوز . وقد ذكر المصنف بيع الباقلاء وبيع الحنطة في سنبلها في باب ما نهى عنه من بيع الغرر . فلا حاجة الى إعادة شرحه ، والله أعلم .

وما أشرت اليه من المعنى بقولى ان المتع الأول ارتفع ببذو الصلاح ، جواب على تمسك الخصم بالمفهوم . وان قلنا : ان له عموما فانه يقتضى ارتفاع ذلك النهى . أما ارتفاع النهى بسبب آخر فلا . كقوله : « ألا لا توطأ حامل حتى تضع » فهي اذا وضعت يرتفع النهى الذى لأجل النسب ، ويبقى النهى لأجل الأذى حتى تغتسل .

(فرع) قال القاضى حسين : بيع الزرع وحده ان كان بذرا لم يصح على الصحيح ، وقصيلا جاز بشرط القطع . أو بعد الاستعداد بارزا كان كالشعير والجاورش والدخن . أو متنبلا في كمام فقولاً بيع الغائب . فان باع الأرض مع الزرع — فان كان أخضر — صح فيها . أو مشتد الحبات بارزا فكذلك . أو مستترا — فان أبطلنا البيع فيه عند الانفراد — بطل ههنا فيه . وفي الأرض قولاً تفريق الصفة ، وان صححنا فيه فردا ولكن ثبت خيار الرؤية فههنا قولاً الجمع بين مختلفى الحكم .

(فرع) قصب السكر صلاحه في بقاءه في قشره ، كالجوز في قشره ، في قشره الأسفل ، وقد صرح الماوردى بجواز بيعه اذا بدت فيه الحلاوة ، قال ابن الرفعة : ولولا جواز بيعه في قشره لما جاز بيعه عند بدو صلاحه ويبقى الى أوان قطعه .

(فرع) الكتان اذا بدا صلاحه ، قال ابن الرفعة : يظهر جواز بيعه ، لأن ما يغزل منه ظاهر مرئى والشاش في باطنه كالنوى في التمر

ونحوه ، لكن هذا لا يتميز في رأى العين بخلاف التمر والنوى ، والله أعلم .

(فرع) البقل اذا بيع مع الأصول قال الغزالي : لا يشترط القطع ، فانه لا يتعرض لعاهه ، وقال صاحب التهذيب : لا يجوز بيع البقل والبقول في الأرض دون الأرض الا بشرط القطع أو القطع ، سواء كان مما يجذ مرارا أو لا يجذ الا مرة واحدة ، غير أنه اذا باع ما يجذ مرارا بشرط القطع لا يجوز قطعه ، لأنه لم يملك الأصل ، وما لم يجذ الا مرة واحدة يجوز ، وقال القاضي حسين : اذا باع أصل الكراث مع الكراث صح ، ويؤمر بالقطع ، ولو باع العروق بدون الكراث لم يصح ، ويكون بيع الغائب ، ولو باع الأرض التي فيها الكراث أو الرطوبة فأصولها تدخل في العقد كأصول الأشجار ، وما ظهر لا يدخل ويؤمر بالبائع بجذّه في الحال ، وكذلك القصب الفارسي وما يتكرر قطعه حكمه حكم الكراث .

والفرق على رأى الغزالي بين البقل حيث قال : انه لا يجوز بيعه بأصوله الا بدون شرط القطع ، وبين البطيخ حيث قال : انه لا يجوز بيعه مع أصوله الا بشرط القطع أن ما ظهر من أصول البطيخ هو الذى تتكرر شمرته دون ما بطن من عروقه ، ولهذا اذا قطع الظاهر لم يخاف ، واذا كان كذلك فالأفة متعرضة لما ظهر من أصوله كتعرضها لنفس البطيخ ، ولهذا يؤثر فيها الحر والصقيع ونحوهما كما يؤثر في البطيخ ، فلذلك استويا في الحكم ، ولا كذلك ما يخلف من أصول البقول ونحوه ، فانه الذى في الأرض ولا يخشى عليه تلك الآفات التى تخشى على أصول البطيخ ، والله أعلم .

وان بيع البقل دون الأصول ، قال الغزالي : يدل على القطع ، يعنى لأن العرف يقتضيه ، ولا يحتاج الى شرط القطع بخلاف الزرع الأخضر ، فان العرف فيه الابقاء لو لم يشترط القطع ، ومن الناس من رأى التسوية في ذلك واعترض على الغزالي في كلامه بأن شرط القطع في ذلك ليس بواجب ، قال ابن الرفعة : والأشبه أنه ان لم ينته الى الحالة التى يجذ فيها فلا يجوز بيعه الا بشرط القطع ، وان انتهى

جاء ، وعليه يحمل كلام الغزالي ، وظاهر نصه في الأم يدل على ذلك .

(فرع) فان باع الثمرة بعد بدو الصلاح مع الأصول والزرع بعد أن اشتد حبه مع الأرض نظرت - فان كانت الثمرة ظاهرة أو كان الزرع كالشعير والذرة ونحوها والقطن اذا ظهر جميعه - جاز لأنه مبيع مشاهد ، وان كانت الثمرة غير ظاهرة كالجوز واللوز والرايح في قشره وكان الحب غير ظاهر كالحنطة والبقول والحمص وما أشبهه (فان قلنا) يجوز بيعها مفردا جاز مع الشجر والأرض (وان قلنا) لا يجوز لم يصح البيع فيها لأنه مبيع مجهول مقصود في نفسه وهل يصح البيع في الشجرة والأرض يبني على القولين في تفريق الصفقة (فان قلنا) لا تفرق أو تفرق ولكن يجوز بالقسط بطل في الجمع (وان قلنا) يجوز بكل الثمن صح البيع في الشجر والأرض ، وللمشتري الخيار بين أن يمسك الأصل بجميع الثمن ، وبين أن يردده ويأخذ ما دفع وقد تقدم هذا التفصيل كله في بيع الزرع من كلام الماوردي .

(فرع) في مذاهب العلماء . وافقنا مالك وأحمد على جواز البيع بشرط التيقن بعد بدو الصلاح . وقال أبو حنيفة : لا يجوز . واحتج له بأنه بيع واجارة مجهولة فأشبهه اشتراط ترك القماش في الدار (قلنا) الشجرة لا تؤجر . ولا أجرة لها يخلاف الدار .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وبدو الصلاح في الثمار أن يطيب أكلها . فان كان رطباً بأن يحمر أو يصفر وان كان عنبا أسود بأن يتموه وان كان أبيض بأن يرق ويحلو ، وان كان زرعاً بأن يشتد وان كان بطيخاً بأن يبدو فيه النضج ، وان كان قثاءً بأن يكبر بحيث يؤخذ ويؤكل ، والدليل عليه ما روى أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم : « نهى عن بيع الحب حتى يشتد ، وعن بيع العنب حتى يسود ، وعن الثمرة حتى تزهي » وروى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم : « نهى عن بيع الثمرة حتى تطعم » .

(الشرح) أما حديث أنس فروى البخارى منه أن النهى عن بيع الثمرة حتى تزهى ، وفي رواية ثمر النخل ، وروى الترمذى منه النهى عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد ، وقال : حسن غريب لا يعرفه مرفوعا الا من حديث حماد بن سلمة ، وروى البيهقى الجميع كما ذكر المصنف ، لكن قدم ذكر الثمرة على الحب والعنب (وأما) حديث جابر فرواه البخارى ومسلم رحمهما الله ، ولفظهما : « عن بيع الثمرة حتى تطيب » وعندهما في رواية أخرى واللفظ للبخارى رضى الله عنه : « أن تباع الثمرة حتى تشقق ، فقيل وما تشقق ؟ قال : تحمار وتصفار ويؤكل منها » وعند مسلم في رواية : « وعن بيع الثمرة حتى تطعم » كما ذكرها المصنف فاذا أردت عزو حديث جابر الذى فى الكتاب على الاطلاق قل : رواية مسلم .

وقوله : يتموه قال ابن أبى عسرون : يدور فيها الماء الحلو ، ويصفو لونها ، وقوله : يشتد أى يصلب ويقوى . وقد تقدم ذلك ، وقوله : حتى يطعم — بضم الياء وكسر العين — ويقال — بفتح العين — وضبطه ابن البدرى أنه — بفتح التاء والعين — أيضا وهى خطأ قال : معناه حتى تصير طعما ، وقيل : تبلغ حين تطعم ، وقد ورد فى الصحيح من حديث ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع النخل حتى يزهو ، وعن السنبل حتى يبيض » ولا تنافى بين هذا وبين حديث أنس المتقدم أنه نهى عن بيع الحب حتى يشتد ، لأن وقت اشتداده وقت مبادئ بياضه .

(أما الأحكام) فقد اختلف الناس فى تفسير بدو الصلاح ، فروى عن ابن عمر أن « بدو الصلاح فى الثمر بطلوع الثريا » وقد تقدم ذلك فى الحديث عنه ، وحكى عن عطاء وجماعة أن بدو الصلاح أن يوجد فى الثمرة ما يؤكل قليل أو كثير ، قال ابن المنذر : وروينا ذلك عن ابن عمر وابن عباس ، وروى عن النخعى أن بدو الصلاح بقوة الثمرة واشتدادها ، وعندى أن ذلك ليس باختلاف محقق يرجع إلى معنى ، وكان ابن عمر انما أطلق بطلوع الثريا لأنه أوان طيب الثمرة غالبا عندهم فى ذلك الوقت ، فتباين الألفاظ عن العلماء فى ذلك لا ينبغى أن يعتمد عليه فى اثبات اختلاف ، ومذهبنا أن بدو الصلاح

يرجع الى تغير صفة في الثمرة ، وذلك يختلف باختلاف الأجناس وهو على اختلافه راجع الى شيء واحد مشترك بينهما وهو طيب الأكل وفي ذلك جمع بين الحديثين اللذين ذكرهما المصنف فان حديث أنس اعتبر الاشتداد في الحب والاسوداد في العنب والزهو في الثمرة ، وحديث جابر دل على اعتبار الطعم في الثمرة ، وهي تشمل العنب وغيره ، فيكون اعتبار الاسوداد وشبهه لأنه وقت للطعم لا لعينه ، فلذلك قال في الحديث : حتى تطيب ، قال الأصحاب : ولا يصح ضبطه بطلوع الثريا ، لأن من البلاد ما يتأخر فيه صلاح الثمر ، أو يتقدم ، بل التباد الواحد قد يتعجل في عام ، لاشتداد الحر ودوامه ، ويتأخر في آخر لاشتداد البرد ودوامه ، وطلوع الثريا لا يختلف ، لأنها تطلع بعد ثمانية عشر يوما من بشنس^(١) قالوا : وكذلك اعتباره بالأكل لا بصح ، لأن ثمار النخل تؤكل طلعا وبلحا ، والكرم يؤكل حصرا ، وليس ذلك صلاحا له ، ولا يصح اعتباره بالقوة ، لأن قوة الثمرة قبل صلاحها ، وإذا صلحت لانت ونضجت •

وقد أشار الشافعي رضي الله عنه الى اختلاف بدو الصلاح في أجناس الثمار بقوله : وللخربز نضج كنضج الرطب ، فاذا رأى ذلك فيه حل ببيع خربزه^(٢) والقضاء تؤكل صغارا طيبا ، فبدو صلاحه أن يتناهى عظمه أو عظم بعضه •

(واعترض) عليه أبو بكر بن داود بأنه اما أن يكون الشافعي رضي الله عنه أراد أن يعلمنا أنه يجب القضاء ، فلا فائدة في ذلك ، أو أن يعلمنا المحسوسات ولا يجوز أن يعلم الناس ذلك ، لأنهم يعلمونه ضرورة •

(وأجاب) الأصحاب بأن الشافعي قصد بهذا القول أن يفرق بين ما طعمه في الابتداء مخالف لما يكون في النهاية ، وأن القضاء

(١) بشنس ، يفتح الباء والشين بعدهما نون وسين ساكنتان من الشهور القبطية وهي أدق الشهور وأضبطها بالسنة للحيار المصرية في الزراعة والمناخ وتقلبات الفصول •
(المطيعي)
(٢) والخربز بكسر الخاء واسكان الراء وكسر الباء هو البطيخ عربي فصيح وقيل فارسي •
(المطيعي)

بخلاف ذلك ، لأنه في ابتدائه وصغره طعمه كطعمه في حال كبره ،
بخلاف بقية الثمار ، فانها تكون في ابتدائها حامضة أو مرة ، ثم تصير
حلو ، وأكثر الأصحاب لم يذكروا لبدو الصلاح ضابطا كما فعل
المصنف ، بل جعلوه مختلفا كما اقتضاه كلام الشافعى .

قال المساوردى : وجملة الثمار على ثمانية أقسام (أحدها)
ما يكون بدو الصلاح فيه باللون ، وذلك في النخل بالاحمرار
والاصفرار ، وفي الكرم بالحمرة أو السواد أو الصفار والبياض
(وأما) الفواكه المتلونة (فمنها) ما يكون صلاحه بالصفرة كالشمش
(ومنها) ما يكون بالبياض كاللتفاح .

(قلت) : ومحل ذلك فيما يتلون عند الادراك بلون يخالف اللون
السابق ، وجعل القاضى أبو الطيب نوعا من التفاح يكون أخضر في
حال كماله كما يكون في صغره ، قال : فبدو الصلاح فيه بطيب طعمه
وحلاوته ، وكذلك جعل الشيخ أبو حامد العنب الأبيض ، وما قالاه
ظاهر .

(القسم الثانى) ما بدو صلاحه بالطعم ، فمنه ما يكون بالحلاوة
كقصب السكر ، ومنه ما يكون بالحموضة كالرمان ، فإذا زالت المرارة
بالحموضة أو الحلاوة فقد بدا صلاحه .

(القسم الثالث) ما بدو صلاحه بالنضج كالتين والبطيخ ، فإذا
لانت صلابته بدا صلاحه ، وهذا معنى قول غير المساوردى طيب (١)
أو الحلاوة والعبارات الثلاث متقاربة ، فان ذلك يحصل في وقت واحد ،
وقال صاحب التتمة لما تكلم في البطيخ : الخيار والباذنجان حكمهما
حكم البطيخ ، الا في شئ واحد ، وهو أن بدو الصلاح فيهما ليس
أن يكبر ويتناهى ، لأنهما لا يؤكلان في تلك الحالة ، ولكن أن يصير

(١) كذا بالأصل ولعل العبارات الثلاث المشار إليها توضح لنا صحة
السياق بما يلى وهذا معنى قول غير المساوردى . طيب الرائحة أو اللون
أو الحلاوة . الخ . (المطيعى)

الى الحد الذى يقصد تناوله في تلك الحالة في العرف والعادة ، فاذا كان في جملة الصفقة واحدة قد بلغت الحد فهو وقت اباحة بيعه •

(الرابع) ما بدو صلاحه بالقوة والاشتداد ، كالبر والشعير ، فاذا بدت قوته واشتد بدا صلاحه •

(الخامس) ما بدو صلاحه بالطول والامتلاء كالعلف والبقول والقصب ، فاذا تنامى طوله وامتلاؤه الى الحد الذى يجذ عليه ، بدا صلاحه ، هكذا قال الماوردى ، وسنذكر في آخر الكلام فرعا عن الامام في القرط ، وما في معناه من البقول ، يخالف ذلك ، وما قاله الماوردى أولى لما سنذكر ، ونص الشافعى يدل لما قاله الماوردى ، والماوردى في اجازته يبيع البقول اذا بدا صلاحها من غير شرط القطع تابع للصيمرى •

وقال ابن الرفعة معتذرا عن الماوردى في ذلك : ان القصب اذا انتهى الى تلك الحال لا يبقى عرفا ، بل العرف قطعه ، فاكتفى به كما اكتفى به في التبقية في الثمرة لعدم (١) وهذا الاعتذار يقتضى أن القطع واجب وانما يترك شرطه اكتفاء بالعرف في ذلك ، قال : وفائدة ذلك أنه لو انتهى بعضه الى هذا الحال جاز بيع جميعه من غير شرط القطع ، واستحق التبقية في الباقي الى اوان قطعه •

(السادس) ما بدو صلاحه بالعظم والكبر كالقناء والخيار والبادنجان •

(السابع) ما بدو صلاحه بانشقاق كمامه كالقطن والجوز ، فاذا تشقق جوز القطن وسقطت القشرة العليا عن جوز الأكل بدا صلاحه ، ومقصود الماوردى من هذا أنه اذا تشقق بعضه جاز بيع المتشقق منه وغير المتشقق اذا نظمهما العقد وغيره كما تقدم ، وليس مراده أن يجوز بيعه قبل التشقق بشرط القطع ، لأن ذلك ممتنع لانتشاره ، وانما سبق الكلام في المعنى الأول •

(١) بياض بالأصل ولعل السقط الشرط ، أو الضرر ، أو بدو الصلاح •

(الطبعي)

(الثامن) ما بدو صلاحه بانفتاحه وانتشاره كالورد والنيلوفر ،
 فاذا تفتح المنضم منه وانتشر فقد بدا صلاحه ، وورق التوت بدو
 صلاحه أن يصير كأرجل البط ، هكذا قال عطاء والنخعي ، وجملة
 القول في بدو الصلاح أن تنتهي الثمرة أو بعضها الى أدنى أحوال
 كمالها ، هكذا كلام الماوردي الا ما في ضمنه مما حكيناه عن غيره ،
 وما نقله في ورق التوت يوافق ما قاله صاحب التهذيب ، فانه قال :
 ان بيع أوراق الفرساد قبل تناهيها لا يجوز الا بشرط القطع ،
 وكذلك قال القاضي حسين ، فلذلك رأى الرافعي أن يضبط حالة بدو
 الصلاح في هذه الأشياء بصيرورتها الى الصفة التي تطلب غالبا
 لكونها على تلك الصفة ، وهو موافق للضابط الذي قاله الماوردي
 وهو أسلم من ضابط الماوردي ، فان الكمال بالمعنى المذكور في باب
 الربا ليس مرادا ههنا واعتبار الماوردي أدنى الأحوال أحسن من
 عبارة الرافعي فانه قد تكون الصفة المقصودة منه غالبا نهاية تلك الحالة
 أو وسطها ، ولا يعتبر في بدو الصلاح الا أولها ، فينبغي أن يزداد هذا
 اللفظ في كلام الرافعي ليصير الضابط أوضح مع أنه صحيح بدونها ، فان
 اللفظ منزل على ذلك .

وقد حكى الروياني عن القاضي أبي حامد أنه قال في جامعہ :
 قد قيل ورق التوت يباع اذا خرج من كمامه ، وبه يبدو صلاحه ،
 ثم نقل قول عطاء والنخعي المتقدم ، والله أعلم .

وقد ظهر لك بما ذكرته أن قول المصنف : وبدو الصلاح في الثمار
 أن يطيب أكلها ، غير شامل لجميع أنواع بدو الصلاح ، اذ ليس
 فيه ذكر الورق ، وكلام الشافعي رحمه الله تعالى في الأم مصرح باعتبار
 بدو الصلاح في الحناء والكرسف والقصب ظاهر اللفظ يرد عليه القثاء
 ونحوه فيجب أن يقال المراد ابتداء أكله المعتاد (فان قيل :)
 البسر ليست العادة أن يؤكل في أول احمراره أو اصفراره ، بل يؤخر
 الى تناهيه ، ومع ذلك بدو الصلاح فيه أن يحمر ويصفر ، كما صرح
 به الحديث ونص الشافعي ، قال امام الحرمين : بين بدو الصلاح
 وبين الادراك وأوان القطاف قريب من شهرين ، يعني فلاجل ذلك
 لا يشترط الغاية المطلوبة في الطيب (فالجواب) ما قاله الامام ، فانه
 أورد ما الذي أوجب الفرق بين القثاء والثمار ؟ وأجاب بأن

لا فرق ، فان الزهو اذا ابتدأ الناس في الأكل ، وقد يعقب تأخر المطعم الى تمام الادراك .

كذلك القول في القثاء ، فان الصغار منه تبتدر ، ولكن عموم الأكل يتأخر ، والذي ينتهى صغره لا يؤكل قصدا الا أن يتفق على شذوذ ، فرجع الحاصل الى طيب الأكل وابتداء الاعتياد فيه ، فعلامة ذلك في المتلونات التلون الى جهة الادراك ، وفيما لا يتلون القوة وجريان الحلاوة فأشار الامام الى أن الذي لا يؤكل في العادة أصلا كالقثاء في حال نتاهي صغره لم يبد صلاحه . والذي يؤكل في العادة بدا صلاحه ، وللاكل في العادة مراتب ابتداء ووسط وانتهاء والمعتبر ابتداءها وهو حاصل في البسر بالاحمرار دون القثاء في صغره . وادخال المصنف الزرع في أصناف الثمر ، يشهد له قول الله تعالى : « **كلوا من ثمره اذا أثمر وآتوا حقه يوم حصاده** » (١) وكل ما ذكر المصنف واضح مما ذكرته الاقوله : ان صلاح العنب الأسود بأن يتموه ، والذي حكفته فيما تقدم من كلام الماوردي ، وهو الموجود في كلام الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب ، أن صلاح العنب الأسود بأسوداده وفي كلام الماوردي أن الصلاح في الكرم بالتموه الى الحمرة أو السواد ، والله أعلم .

وقول المصنف رحمه الله تعالى في القثاء : حيث يؤخذ ويؤكل ، تنبيه على أن امكان الأكل موجود فيه من قبل ، ولكنه لا يؤخذ للأكل في العادة ، وفي معنى القثاء الخيار والبادنجان ، كما صرح به الروياني ، قال : وفي الرمان بالحموضة أو الحلاوة وزوال المرارة وفي الورد الانفتاح والانتشار .

(فرع) اذا باع أوراق الفرساد مع الأغصان — فان يلغ نهايته — جاز من غير شرط ، ثم ان كانت المقاطع معلومة فذاك ، والا بأن يترك على الشجر سنة أو أكثر لم يجز ما لم يبين موضع القطع ويعلم عليه علامة ، وكذلك اذا باع الأوراق وحدها قبل نهايتها بشرط القطع ، ولكن لا تقطع الأغصان معها ، قال ذلك القاضي حسين .

(فرع) قال الشافعى والأصحاب : اذا بدا صلاح ما خرج من القثاء والبطيخ لم يجز بيع ما لم يخلق منه تبعا لما خلق ، ووجب افراد العقد بالموجود ، وقال مالك : يجوز بيع ما لم يخلق تبعا لما خلق ، لأن الحادث يختلط فدعت الضرورة الى بيعه قبل وجوده تبعا ، وهى دعوى ممنوعة ، قال بعض الأصحاب : وطريق تحصيل ذلك أن يشتري هذا الشجر مع ثمرته ، وبدونها ، بشرط القطع ، ويستأجر منه الأرض سنة أو سنتين فلا يملك مطالبتها بالقطع .

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : ولا يجوز أن يستثنى الثمرة مدا ، وقسم الأصحاب الاستثناء فى البيع الى أربعة أقسام :

(الأول) أن يكون الاستثناء معلوما والمبيع بعده معلوما وهذا على ضربين مشاع ومحرز ، فالمحرز : بعتك ثمرة هذه الحائط الا ثمرة هذه النخلات العشر بعينها ، فهذا جائز بالاتفاق ، والمشاع : بعتك ثمرة هذه الحائط الا ربعها صحيح أيضا ، ويكون المبيع ثلاثة أرباعها مشاعا ، وقال الأوزاعى : باطل ، لأنه بيع على شرط الشركة .

(والقسم الثانى) أن يكون الاستثناء مجهولا ، والمبيع بعده مجهولا ، وهو ضربان مشاع ومحدد فالمشاع كقوله : بعتك هذه الثمرة الا قوت سنتى أو قوت غلمانى ، باطل اتفاقا ، وما ورد من ذلك عن ابن عمر رضى الله عنه محمول على أنه كان معلوما ، والمحدد كبيع الثمرة الا عشر نخلات منها لا بعينها فهو باطل ، وقال مالك رحمه الله تعالى : أن كان قدر ثلث الثمرة فما دون جاز ، وكان له عشر نخلات وسط .

(والقسم الثالث) أن يكون الاستثناء معلوما والمبيع بعده مجهولا ، كقوله : بعتك هذه الثمرة الا صاعا منها فهو باطل ، وقال مالك : جائز .

(والقسم الرابع) أن يكون الاستثناء مجهولا ، والمبيع معلوما ، كقوله : بعتك من هذه الثمرة مائة صاع ، والباقى لى ، فان علما أن فيها مائة صاع فصاعدا صح ، أن أمكن كيل الثمرة ، وبطل أن لم يمكن كيلها ، ولا يصح الخرص فيها ، لأن البيع بالخرص

لا يجوز ، لأنه تخمين وحس ، وإنما يجوز في حق المساكين لأنه مواساة (قلت :) الصحيح في العرايا أنه لا يختص بالمساكين ، والله أعلم . وإن لم يعلم أن في الثمرة مائة صاع كان البيع باطلا للجهل بوجود البيع ، فلو كيلت من بعد ، فكانت مائة صاع فصاعدا لم يصح البيع بعد فساد ، قال ذلك الماوردي وغيره من الأصحاب ، ذكر الفرع ولكن لم يستوعبوا هذه الأقسام مبسطة كاستيعابه ، والله أعلم .

(فرع) إذا باع ثمرة حائط بأربعة آلاف درهم إلا ما يخص ألفا منها ، قال الشافعي والأصحاب : يكون الاستثناء صحيحا لأن ما يخص ألفا منها هو ربع الثمرة ، فإن قال : إلا ما يخص قيمة ألف منها بسعر اليوم لم يصح ، لأنه غير معلوم ، هكذا فرض القاضي أبو الطيب المسألة ، وهو غير ظاهر ، وقال الماوردي فيها : إن كان الاستثناء بسعر ما باع صح وإن كان بسعر يومه لم يجز ، ومراده ما قاله أبو الطيب ، وكلام أبي الطيب أبين وأحسن .

(فرع) قال : اشتريت منك هذا الثوب بهذه الدراهم إلا خمسة دراهم لم يجز ، قاله الروياني ، ولو قال : بعثك قفيزا من هذه الصبرة إلا مكوكا جاز ، لأنهما معلومان ، قاله الروياني .

(فرع) قال : بعثك ثمرة هذا النخل إلا النوع المعقلى ، فإن شاهد المعقلى المستثنى وعلم قدره صح البيع ، وإن جهلاه فسد . قاله الماوردي .

(فرع) باع شاة واستثنى سواقدها ، قال في الصرف : لا يصح ، وكذا إذا قال إلا رأسها ويديها ، ولا فرق بين أن يكون البيع لمسافر أو لحاضر ، أو يكونا حاضرين أو مسافرين ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال مالك في حق المسافر : يجوز ، قاله القاضي أبو الطيب .

(فرع) باع قطنا واستثنى حبه ، أو سمسما واستثنى كبسه ، أو شاة واستثنى جلدها ، كان البيع في هذا كله باطلا ، قاله الماوردي .

(فرع) بيع الثمرة وفيها قدر الزكاة مذكور في (١) ولكن يذكر هنا ما يتعلق بهذا المكان وهو أنه لو قال : بعثك الثمرة الا مقدار الزكاة يصح بشرط أن نذكر قدر الزكاة في البيع ، أهو العشر ؟ أو نصف العشر ؟ وقال مالك : يكتفى بالعلم به شرعا عن ذكره ، ورده أصحابنا ، فان أراد أن يدفع قدر الزكاة من غير تلك الثمرة ففيه وجهان (أحدهما) يجوز ، لأنه يحل محل البائع (والثاني) لا ، لأنه كالوكيل ، فان استهلك المشتري الثمرة رطبا ففيما يطلب به من حق الزكاة وجهان (أحدهما) العشر تمرا على الوجه الذي يجبر له دفع الزكاة من غيرها ، فيكون ذلك ضمنا لعشرها تمرا (والثاني) يطلب بقيمة عشرها رطبا على الوجه الذي يمنع دفع الزكاة من غيرها . فعلى هذا ان نقصت قيمة عشرها رطبا عن قيمة عشرها تمرا ففي الرجوع على البائع يفصل ما بينهما وجهان مخرجان من أن الزكاة وجبت في الذمة أو في العين ؟ فعلى الأول يرجع . وعلى الثاني لا يرجع عليه لزوال يده عن عين . قال ذلك الماوردي : ولعل ذلك مفروض فيما اذا أمر البائع المشتري بأداء الزكاة ، وكذلك قاله الروياني نقلا عن الماوردي .

(فرع) الزرع الذي يخلف كالقرط وما في معناه من البقول يكون متزايدا أبدا . لا وقوف له فاذا بيع منه جذة فلا بد من شرط القطع . ولا ينظر في هذا القسم الى ما يقع في زمن المعاهدات ولا الى طيب الأكل لأجل الاختلاط . قاله الامام . وقد تقدم عن الماوردي ما يخالفه وقول الامام : انها لا تزال متزايدة يمنع فان فرض كذلك فالأمر كما قال ، كما سيأتى في كلام المصنف في بيع الثمار الذي يعلم اختلاطها .

(فروع) اذا اشترى الزرع الذي لا يخلف ، اما بعد بدو الصلاح ، واما قبله شرط القطع ، وقد ضمنت تبقيته اما بعد بدو الصلاح واما قبله باتفاقهما ، فالزيادة التي تحصل في الزرع للمشتري بالاتفاق ، كنمو الثمرة الى وقت اتفاق القطع وليست كزيادة الزرع المخلف . قاله الامام . والزرع الذي لا يخلف لو قطع يملك المشتري ظاهره ،

(١) بياض بالاصل والسقط : أبواب الزكاة . (المطيعي)

وعروقه المستترة بالأرض ، قاله الامام (قلت :) فيجىء على ذلك أنه اذا حصد وكانت عروقه تضر بالأرض كالذرة ، يجب على المشتري قلعها وتسوية الحفر الحاصلة بسببها كما تقدم ، مثله اذا اشترى الأرض فانه يجب على البائع ذلك ، وان لم يضر بالأرض لم يجب كما تقدم أيضا . وسنذكر في مسألة اختلاط الرطبة عن صاحب التتمة ما يخالف ما قاله الامام هنا ان شاء الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان وجد بدو الصلاح في بعض الجنس من حائط جاز بيع [ذلك] الجنس كله في ذلك الحائط ، لأننا لو قلنا : لا يجوز الا فيما بدا صلاحه فيه ، أدى الى المشقة والضرر بسوء المشاركة ، ولا يجوز أن يبيع ما لم يبد فيه الصلاح من جنس آخر وما لم يبد فيه الصلاح في ذلك الجنس من حائط آخر ، لأن المنع من ذلك لا يؤدي الى الضرر بسوء المشاركة ، فان بدا الصلاح في بعض الجنس في حائط ، فباع منه ما لم يبد فيه الصلاح مفردا من غير شرط القطع ، ففيه وجهان (أحدهما) يجوز ، لأننا جعلناه في حكم ما بدا فيه الصلاح فجاز افراده بالبيع (والثاني) لا يجوز لأنه انما جعل في حكم ما بدا فيه الصلاح تبعا لما بدا فيه الصلاح ، وما أجز بيعه تبعا لغيره لم يجز افراده بالبيع كالحمل) .

(الشرح) في هذه الجملة ثلاث مسائل (احداها) قال الشافعي رضى الله عنه والأصحاب : اذا بدا الصلاح في بعض الثمرة جاز بيع جميعها ، وذلك أن الله تعالى أجرى العادة بأن الثمار لا تطيب دفعة واحدة رفقا بالعباد ، فانها لو طابت دفعة واحدة لم يكمل تفكيهم بها وانما تطيب شيئا فشيئا ، ولو اشترط في كل ما يباع طيبه في نفسه لكان فيه ضرر ، فان العذق الواحد يطيب بعضه دون بعض ، والى أن يطيب الأخير يتساقط الأول فكان يؤدي الى أنه اما أن لا يباع ، واما أن يباع حبة حبة ، وفي كلا الأمرين حرج ومشقة وقد قال تعالى : « وما جعل عليكم في الدين من حرج » (١)

وقال صلى الله عليه وسلم : « بعثت بالحنيفية السمحة » وذكر الشافعي رضي الله عنه في الأم عن عطاء في الحائط تكون فيه النخلة فتزهي ، والحائط بلح ، قال : حسبه اذا أكل منه فليبيع ولا أعلم بين العلماء خلافا في أنه لا يشترط الصلاح في جميع المبيع ، وإنما اختلفوا في مقدار ما يضبطونه به ، ومذهبنا أنه يكفي بدو الصلاح في نخلة واحدة ، بل في بسرة واحدة ، ولا خلاف أن غير النخل من الشجر حكمه حكم النخل .

اذا عرفت هذه الجملة فقد قال الأصحاب : اذا بدا الصلاح في بعض الثمرة دون بعض — نظر ان اختلف الجنس — لم يكن بدو الصلاح في أحد الجنسين صلاحا في الجنس الآخر ، حتى لو باع الرطب والعنب صفقة واحدة ، وبدا الصلاح في أحدهما دون الآخر وجب شرط القطع في الجنس الذي لم يبد فيه ، لا خلاف في ذلك عندنا ، وقال الليث بن سعد : يجوز ، ويكون ذلك صلاحا لجميع أجناس الثمار في ذلك البلد . وان اتحد الجنس والنوع والبستان والصفقة والمك جاز البيع من غير شرط القطع بلا خلاف .

وان اختلف شيء من هذه الأشياء ففيه صور (الأولى) أن يختلف النوع كالمعقل والبرني ، فيبيع النوع الذي بدا صلاحه ، والنوع الذي لم يبد صلاحه من جنسه في ذلك البستان صفقة واحدة ، وفيه وجهان مشهوران في طريقتي العراقيين ، والخراسانيين ، كالوجهين في نظير ذلك في التأبير (والأصح) عند الرافعي التبعية ، وأن حكمه وحكم التأبير واحد ، وذلك مقتضى اطلاق المصنف رحمه الله تعالى ، وهو قول ابن خيران وأبي علي الطبري على ما حكاه أبو الطيب عنهما ، وبه جزم البندنجي فيما نقل عنه ، وهو الذي نص عليه الشافعي على ما حكاه أحمد بن بشرى عن الاملاء أنه قال فيه : اذا كان في حائط برني وعجوة وصيحاني فبدا صلاح الجنس جاز بيع الجميع .

(وأما) قوله في الصرف : فان كان نخلا وعنبا أو غيره ، وبدا صلاح صنف منه فلا يجوز أن يبيع واحدا منهما بجماله ، فلا ينافيه ، فان معنى هذا أن يفرد بالبيع ، ومعنى الأول أن يبيع الأصناف جملة ،

فهذا النص المنقول عن الاملاء صريح لا يقبل التأويل ، لكن القاضى
أبا الطيب قال ان الصحيح الذى ذكره القاضى أبو حامد فى الجامع ،
ونص الشافعى عليه فى البويطى ، أنه لا يكون بدو الصلاح فى النوع
الآخر ، لأنه قد نص أن الصلاح اذا بدا فى الثمرة الصيفية فانه
لا يكون بدوا له فى الثمرة الشتوية ، فكذلك فى النوعين مثله سواء •

(قلت :) ولا حجة فى هذا لأن الثمرة الشتوية والصيفية
يختلفان فى الوقت اختلافا ظاهرا بعيدا والنوعان من الثمرة الواحدة
مقاربان غالبا ، نعم ان فرض نوعان أحدهما شتوى والآخر صيفى ،
فينبغى أن يكون الأمر كما قال القاضى أبو الطيب ، فاننا انما نعتبر
بدو الصلاح لكونه وقتا يغلب على الظن فيه أمنها من العاهة ، ولا شك
أن بين صلاح الشتوية والصيفية من الزمان ما لا يوثق بذلك فيه ،
وكلام الشافعى الذى قاله قال : وصلاح الثمرة اذا احمرت أو
صفرت فى الجائظ نخلة واحدة فقد جاز بيعه وان كان بعضه شتويا
وبعضه صيفيا ، فلا يجوز الا أن يبيع كل واحد منهما على حاله ،
وظاهر هذا الكلام أنه فى الجنس الواحد ، وأما حملة على الجنسين
فبعيد •

واذا كان فى الجنس الواحد فلا وجه حينئذ بأن يقال بأن بعض
الأنواع تابع لبعض • وان كان بعضها شتويا وبعضها صيفيا ، لمخالفة
نص الشافعى ، فاما أن يقال : ان ذلك شاهد ، لأن اختلاف النوع
يؤثر فى قطع التبعية مطلقا كما قال القاضى أبو الطيب ، واما أن
يقال : انه يفرق فى الأنواع بين ما يتقارب ادراكها فيحكم فيها بالتبعية ،
وبين ما يتأخر فلا يحكم ، بل لا ينظر الى اختلاف الأنواع ،
بل الى تفاوت الزمان ، حتى لو كان نوع واحد معقلى مثلا ، منه ما يكون
فى الصيف ، ومنه ما يكون فى الشتاء ، لا يجعل أحدهما تابعا للآخر
فى الصلاح ، فهذا هو الأقرب لكلام الشافعى المذكور ، والمعنى والفقه
يقتضيه كان المقصود هنا الأمن من العاهة كما تقدم التنبيه عليه •

فالقول بأن اختلاف الأنواع لا أثر له وان اختلف الزمان ،
مخالف لنص الشافعى فى البويطى ، والحاقة بالتأثير غير متجه لاختلاف
المدرک فى التأثير ، والقول بأن اختلاف الأنواع مؤثر مطلقا مخالف لنصه

المنقول عن الأملاء ، وهذا الذى قلته يحسن أن يكون وجها ثالثا ،
وبه يحصل الجمع بين النصوص التى نقلت عن الشافعى ، ويمكن
أن يحمل كلام الشافعى فى الصيفى والثستوى على الجنسين أن لم
يكن فيه ما يدفعه قال ابن أبى عمرو : وإذا كان فى البستان جنسان
يتباعد ادراكهما كالصيفى والثستوى ، وبدا صلاح الصيفى ، لا يتبعه
الثستوى ، والله تعالى أعلم .

ومن العجب أن ابن خيران اختار فيما إذا أير بعض الأنواع
دون بعض أن غير المؤبر لا يتبع المؤبر ، واختار أن النوع الذى لم
يبد صلاحه يتبع الذى بدا صلاحه ، والقاضى أبو الطيب نقل ذلك عنه
فى المسألتين ، وهو مشهور عنه فى المسألة الأولى ، وقد قدمت الفرق
بين التأبير وبدو الصلاح واختلاف مأخذيهما ، فلذلك لا تناقض بين
كلاميه ، وقال القاضى أبو الطيب : انه ومن وافقه فى مسألة بدو الصلاح
استدلوا بأن هذه الأنواع تضم الى ما بدا صلاحه فى الزكاة ، فمتى
وجد منها وسقان ونصف ومن هذه التى بدا صلاحها وسقان
وتصف ، وجبت الزكاة ، قال : وهذا الذى ذكره ينتقض بما نص عليه
الشافعى رضى الله عنه من الثمرة الثستوية مع الصيفية ، فانها لا
تتبعها فى بدو الصلاح ، وان كانت تضم اليها فى الزكاة ، فإطلاق كلام
المصنف رحمه الله تعالى يقتضى أنه لا فرق بين أن يختلف النوع
أو لا ، ولا فرق بين أن يختلف الزمان أو لا ، وقد علمت ما فيه ،
والله أعلم .

وقول المصنف : ولا يجوز أن يبيع ما لم يبد فيه الصلاح من
جنس آخر قد قدمت أن ذلك لا خلاف فيه عندنا ، وأن الليث بن سعد
خالف فيه ، وردوا عليه بأنه يلزمه بيع العنب قبل أن يسود ، وهو
خلاف الحديث الصحيح .

(الصورة الثانية) أن يختلف البستان كما إذا بدا الصلاح فى
جنس فى بستان ، وله بستان آخر ، فيه من ذلك الجنس لم يبد فيه
الصلاح ، فباعهما صفقة واحدة فالمشهور من المذهب أنه لا يصح ،
وأن صلاح أحدهما لا يكون صلاحا للآخر ، وادعى القاضى أبو الطيب
أنه لا خلاف فيه ، وبذلك جزم الماوردى وجميع العراقيين ، ومال

الامام الى خلاف ما قالوه ، سيما اذا لم يتقاعد ، وليس بينهما الا جدار ، ولأجل ذلك أثبت الغزالي في المسألة وجهين أخذاً من تفقه الامام ، وتبعه الرافي ، وظاهر نص الشافعي يشهد لما قاله العراقيون ، فانه قال في الأم : والحوائط تختلف بتهمة ونجد والسقيف ، فيستأخر ابار كل بلد بقدر حرها وبردها ، وما قدر الله من اباتها ، فمن باع حائطاً منها لم يؤبر فثمرته للمبتاع ، وان أبر غيره لأن حكمه به لا بغيره ، ولذلك لا يباع منها شيء حتى يبدو صلاحه وان بدا صلاح غيره ، وسواء كان نخل الرجل قليلاً أم كثيراً اذا كان في حظار واحدة وبقعة واحدة في غير حظار فبدا صلاح واحدة منه حل بيعه ولو كان الى جنبه حائط آخر له أو لغيره فبدا صلاح حائط غيره الذي هو الى جنبه لم يحل بيع ثمر حائطه بحلول بيع الذي الى جنبه .

هذا كلام الشافعي رضي الله عنه ، وهو صريح بعدم التبيعية اذا اختلف البستان والمك وظاهر في عدم التبيعية عند اختلاف البستان وحده ، وان كان قد اقتصر على قوله : حائط غيره ، ففي كلامه المذكور مواضع ترشد الى اطراد الحكم في حائطه الآخر ، والله أعلم .

فاذا قلنا بالمشهور فيباعها فيجب اشتراط القطع في الذي لم يبد صلاحه ، فان باعها على الاطلاق بطل فيما لم يبد صلاحه ، وفي الذي بدا صلاحه قولاً تفريق الصفقة ، قاله الماوردي فأما اذا أفرد البستان الذي لم يبد صلاحه بالبيع وقد بدا الصلاح في الذي الى جانبه فقد تقدم أن كلام الرافي رحمه الله يقتضي جريان خلاف فيه ، ولم أقف عليه لغيره ، وصرح جماعة بالجزم بخلافه ، وقال الامام : انه رأى الطرق متفقة على خلافه ، وأن ذلك يشير الى ما ذكره العراقيون من اعتبار اتحاد البستان .

(الصورة الثالثة) أن تختلف الصفقة مع اتحاد البواقي ، كما اذا بدا الصلاح في نوع فباع من ذلك النوع في ذلك البستان ما لم يبد صلاحه منفرداً من غير شرط القطع ، ففيه وجهان مشهوران في طريقتي العراقيين والخراسانيين ، وبعضهم يقول : قولان (أحدهما) يجوز من غير شرط القطع لما ذكره المصنف (والثاني) وهو الصحيح

عند القاضى أبى الطيب وابن أبى عسرون والرافعى أنه لا يصح ، ورثب
القاضى حسين هذين الوجهين على الوجهين فيما اذا جمع النوعين
صفقة واحدة (وان قلنا) هناك لا يستتبع فهنا أولى ، والا ففيه
وجهان .

(فرع) قال : بعثك هذا يكذا ، وهذا يكذا ، فالظاهر أن الحكم
كذلك نظرا لتفصيل الثمن ، وجوز ابن الرفعة أن يأتى فيه وجه بالجزم
بالصحة ، كما هو وجه أيضا فيما اذا قال : بعثك هذا بدرهم ،
وأجرتك هذا بآخر ، فقال المخاطب : قبلتهما نظرا الى الجمع في
القبول .

(الصورة الرابعة) أن يختلف الملك مع اتحاد الجنس والنوع
والبستان ، قيل : يجوز لمن لم يبد الصلاح في ملكه لأجل اتحاد
البستان ، فإن طباعه واحدة ، وقد بدا الصلاح في ذلك النوع في
الجملة ، أو لا يجوز نظرا اليه في نفسه ، فيه وجهان ، وقد علمت
في الصورة الثالثة أن الصحيح عدم الصحة لأجل افراد ما لم يبد
صلاحه بالمبيع ، والمالك الواحد ، فهنا أولى بعدم الصحة قال
الرافعى رحمه الله تعالى : وقياس ذكر الوجهين ههنا عند اتحاد
البستان واختلاف الملك أن يكونا في التأبير كذلك ، وإن لم يجز لهما
ذكر ، والظاهر أنه لا يعتبر في الموضعين اتحاد الملك .

(الصورة الخامسة) أن يختلف البستان والنوع مع اتحاد البواقي ،
فمقتضى كلام الرافعى اثبات خلاف في ذلك ، ولم أره لغيره ، وكيفما
كان ، فالصحيح عدم التبعية عند تعدد البستان فعند تعدد البستان
والنوع أولى .

(الصورة السادسة) أن يختلف البستان والنوع والصفقة ،
فيفرد النوع الذي لم يبد صلاحه من أحد البستانين ، اعتمادا على
بدو الصلاح في النوع الآخر ، من البستان الآخر الذي لم يبلغه
فمقتضى كلام الرافعى اثبات خلاف فيه أيضا ، ولم أره ، وهو في غاية
البعد وقال الامام : انه لم يختلف علماؤنا فيه فلا يقال : الوقت وقت
بدو الصلاح ، فتجعل الثمار المبيعة كأنها مزهية ، هذا لا قائل به ،

وكأنه أوجب للرافعى ذلك اجمال الكلام وعدم افراد كل صورة بالذكر ،
والله أعلم •

(الصورة السابعة) أن يختلف البستان وتعدد الصفقة مع اتحاد
النواقي ، وقد تقدم ذكرها في آخر الصورة الثانية ، فهذه سبع
صور ، وقبلها صورتان وإذا اتحد الجميع واختلف الجنس فتصير
تسعا •

(واعلم) أن الصور الممكنة من الاختلاف في ذلك ست عشرة هذه
التسع المذكورة ، وسبع أخرى ، وهى العاشرة (الأولى) أن يتحد
الجميع (الثانية) أن يختلف الجنس (الثالثة) أن يختلف النوع
(الرابعة) أن يختلف البستان (الخامسة) أن تختلف الصفقة
(السادسة) أن يختلف الملك (السابعة) أن يختلف النوع والبستان ،
وهذه السبع تقدمت •

(الثامنة) أن يختلف النوع والصفقة ، فيبيع صاحب البستان نوعا
لم يبد صلاحه منفردا اعتمادا على بدو الصلاح في نوع آخر عنده ،
وقد تقدم أن الصحيح عند تعدد الصفقة وحدها عدم التبعية ،
فهنا أولى ولا يبعد أن يجرى فيها خلاف اذا جعلنا النوعين كالنوع
الواحد واطلاقهم يقتضى ذلك ، لكن الفورانى جزم بأنه لا يكون حكمه
حكم المؤبر ، وكذلك يقتضيه كلام الغزالى فى البسيط ، وقد تقدم
فى التأبير بحث فى اثبات الخلاف فينظر هناك •

(التاسعة) أن يختلف النوع والملك مع اتحاد الصفقة ، كما اذا باع
عن نفسه نوعا ، وعن موكله نوعا فى بستان واحد بدا صلاح أحدهما ،
ولم يبد صلاح الآخر ، وقلنا : ان الصفقة لا تتعدد ، وفرعنا على
أن مثل هذا مبيع يصلح فهل يصلح من غير شرط القطع اعتمادا على
ان الصفقة واحدة أولا ، اعتمادا على تعدد الملك ؟ لم أر فيه نقلا •

(العاشرة) أن يختلف البستان والصفقة ، فيفرد الشخص من
بستان له بيع ما لم يبد صلاحه اعتمادا على بدو الصلاح فى ذلك
النوع من بستان له آخر وقد تقدم •

(الحادية عشرة) أن يختلف البستان والملك فيبيع شخص عن

نفسه نوعا من بستانه وعن موكله في ذلك النوع من بستان آخر ،
وقد بدا الصلاح في أحدهما دون الآخر ، وفرعنا على صحة مثل هذا
البيع ، فلم أر في ذلك نقلا .

(الثانية عشرة) أن تختلف الصفقة والملك فيبيع ما لم يبد صلاحه
اعتمادا على بدو الصلاح في ملك غيره من ذلك النوع في ذلك البستان ،
ولم أر فيه نقلا .

(الثالثة عشرة) أن يتحد النوع مع اختلاف الثلاثة فيفسرد
نوعا اعتمادا على بدو الصلاح في نوع آخر من بستان غيره فان
صح ما تقدم عن الرافعي في أفراد أحد البستانين فلا يبعد أن يأتي في
هذه الصورة أيضا خلاف والصحيح المنع .

(الرابعة عشرة) أن يتحد البستان مع اختلاف الثلاثة فيبيع نوعا
اعتمادا على بدو الصلاح في نوع آخر من ملك غيره في ذلك البستان
ولا يبعد مجيء خلاف فيه والصحيح المنع .

(الخامسة عشرة) أن تتحد الصفقة مع اختلاف الثلاثة .

(السادسة عشرة) أن يتحد الملك مع اختلاف الثلاثة ، ولم أر
فيهما نقلا ، ولا يخفى تخريجهما على ما تقدم ، والله أعلم . والمذهب
في جميع هذه الصور عدم التبعية الا فيما اذا اتحد الجميع ، فيصح
بلا خلاف ، أو اختلف النوع فقط ، وفي التصحيح خلاف كما تقدم ،
وبقية الصور كلها لابد من شرط القطع فيما لم يبد صلاحه اما جزما أو
على المذهب ، والله أعلم .

(فائدة) النظر في هذه المسائل كلها هل هو لسوء المشاركة ؟
أو لفسر التمييز ؟ كلام الجمهور يقتضي الأول ، ولا فرق في جميع
ما ذكرناه بين الثمار والزرع وان كان كثير من الأصحاب اذا تكلموا
انما يذكرون البستان والثمار ، فليس الا على جهة ذكر بعض أفراد
المسألة ، ومن صرح بذلك صاحب التتمة ، قال : انه اذا اشتد
بعض السنابل كان كالثمار اذا بدا الصلاح في بعضها ، لكنه فرض
ذلك فيما اذا تسبل جميع الحب والظاهر أن ذلك منه ليس على سبيل
الاشتراط ، فانه لو تسبل بعض الحب واشتد ، وبعضه الى الآن

بقول ، فقياس المذهب أن يبيع ، ويحتمل أن يقال : يجري فيه الخلاف فيما إذا أطلع بعد البيع هل يبيع المؤبر حالة البيع .

ولو باع البطيخ على أصوله بعد بدو النضج والادراك جاز مطلقا وبشرط التبقية كالثمار ، حتى لو أدرك بطيخة واحدة من جملة الأرض التي زرع فيها البطيخ وباع الجميع جاز ، ويدخل في العقد كل ما هو موجود من ثمرة ، ويترك حتى يلتحق الصغار بالكبار ، قاله صاحب التتمة .

ولا يجوز بيع الجزر والفجل والسلق في الأرض لاستتاره وجهالته ، ويخالف الغائب لأنه لا يمكن الاطلاع عليه الا بالقلع ، وذلك عيب فيه ، قاله في التتمة وغيرها ، وقد تقدم ويصح بيع القبيط^(١) في الأرض بشرط القطع ، ان لم يكن بلغ الحد الذي يقصد تناوله فيه ، وان بلغه فيجوز مطلقا ، وبشرط التبقية ، ويترك حتى تلتحق الصغار بالكبار كالخيار والبادنجان ، لأن ما هو المقصود منه ظاهر ، وانما المستقر بالأرض عروقه وهي غير مقصودة ، قاله في التتمة . والسلجم ان كان معظم منه ظاهرا فكالقبيط ، وان كان في الأرض فكالفجل والسلق ، قاله في التتمة أيضا .

(فرع) اذا باع شيئا من ثمرة البطيخ والقثاء والخيار والبادنجان وما أشبه ذلك منفردا عن الأصل - نظرت فان كان قبل بدو الصلاح فيها - لم يجز الا بشرط القطع ، وان كان بعد بدو الصلاح في بعض الجنس جاز بيع جميع ذلك الجنس في ذلك القداح من غير شرط القطع ، لأنه في معنى ثمرة الشجرة فكان حكمه في ذلك حكمها ، قاله في الاستقصاء .

(فرع) ولا يجوز في شيء من ذلك أن يبيع ما ظهر من الثمرة ، أو الورد وما يظهر بعد ذلك في سنته ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد ، وقال مالك : يجوز .

(١) كذا في هذا الفصل مكررا وأخاله القبيط وهو لفظ نبطي معرب ويسميه العامة الكرنبيت .
(المظني)

(فرع) لا خلاف أنه لابد من وجود الصلاح في شيء ، وقول الغزالي : اتفقوا على أن وقت بدو الصلاح كاف ، محمول على ذلك ، وكذلك المراد في إقامة وقت التأبير مقام التأبير ، ونبهت على ذلك لئلا يتوهم من اعتبار الوقت أنه لا يشترط وجود الصلاح بعد حضور وقته . ولا قائل به ، وإنما أطلق الغزالي هذه العبارة . لأن العادة أن الوقت إذا حضر فلا بد أن يوجد في بعض ، والله أعلم .

(فرع) إذا كان بستانان فيهما زرع واحد فبدا الصلاح في أحدهما قال العبدري : فإنه لا يكون صلاحا في الآخر . ويصح افراد هذا بالبيع دون الآخر . لا يختلف المذهب فيه . هذا قول العبدري في الكفاية وذكر ذلك بيانا لحكم مثله في النخل . فان كان عنده أن النخل أيضا لا يختلف فيه فهو المشهور الموافق لطريقة العراقيين كما تقدم ، وإن كان هذا في الزرع بخصوصه فيحتاج الى فرق ، والله أعلم .

(فرع) وقد تفهم من كلام بعض الأصحاب أن منهم من قال باعتبار وقت بدو الصلاح أو وقت التأبير . ويجعل ذلك بمثابة التأبير نفسه . ومعنى ذلك أنه إذا اتحد النوع واختلفت الصفقة أو بالعكس مع حصول التأبير في الجملة أما اعتبار الوقت من غير تأبير أصلا فهذا أم يقل به أحد من أصحابنا وكذلك في بدو الصلاح ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(إذا ابتاع زرا أو ثمرة بعد بدو الصلاح لم يكلف قطعه قبل أو أن الحصاد والجذاذ ، لأن المادة فيها تركها الى الحصاد والجذاذ ، فلم يكلف نقله قبله ، كما نقول فيمن اشترى متاعا بالليل : انه لا يكلف نقله الا بالنهار ، فان احتاجت الثمرة أو الزرع الى السقى لزم البائع ذلك ، لأنه يجب عليه تسليمها في حال الجذاذ والحصاد ، وذلك لا يحصل الا بالسقى فله) .

(الشرح) اتفق الأصحاب على أنه يجب على البائع التخلية الى أو أن الحصاد في الزروع ، والجذاذ في الثمرة والمخالف في هذه المسألة أبو حنيفة رضي الله عنه ، لأنه يقول : بيع الثمرة مطلقا ينزل

على القطع ، ويجب قطعها في الحال ، وقد تقدم الكلام معه قريبا ، فأغنى عن اعادته وبيننا أيضا فيما تقدم ما يعتبر من العادة وما لا يعتبر من العادة ومن جملة ما تمسكوا به مما يحسن ذكره هنا أن موجب الشرع تفريغ ملك البائع ، وأجاب أصحابنا بأن أصل التفريغ مقول به وكيفيته تتلقى من العرف بدليل ما ذكره المصنف رحمه الله تعالى من أن من اشترى طعاما أو متاعا بالليل لا يكلف نقله الا في النهار ، وأما السقي فجمهور جماعات الأصحاب أوجبوه على البائع وجعلوه من تمام التسليم وقطع بذلك جماعات .

وقال القاضي حسين : فيه وجهان (أحدهما) على المشتري لأن الثمرة له (والثاني) على البائع لأنه متصل بملكه ، قال : ويمكن أن يقال : فيه وجهان بناء على ما لو أصابتها جائحة بعد التسليم (ان قلنا :) يتلف من ضمان المشتري فالسقي عليه ، وان قلنا : من ضمان البائع فالسقي عليه .

(قلت :) وكذلك الشائى في الحلية لحكى الوجهين في وجوب السقي على البائع وجعل أصلهما القولين في وضع الجوائح لكن المذهب الجديد أنها من ضمان المشتري والمذهب أن السقي على البائع ، وهو من جملة ما يستدل به للقديم ، كما ستقف عليه ان شاء الله تعالى ، وقد أطلق الأصحاب وجوب السقي فينبغى أن يكون ذلك اذا باعها مطلقا أو بشرط التقبىة (أما) اذا باعها بشرط القطع بعد الصلاح أو قبله فلا ، ويؤيد ذلك أنهم في وضع الجوائح هكوا طريقة قاطمة عن القفال فيما اذا باعها بشرط القطع أنها من ضمان المشتري ، قالوا : اذ لا يجب السقي عن البائع هنا ، فالاستدلال بهذا وعدم رده يدل على أنه محل وفاق ، لكن لنا طريقة أخرى هناك قاطمة بأنها من ضمان البائع ، وطريقة وهى الأظهر عند الرافعى أنها على القولين ، فيحتمل أن يكون أصحاب هاتين الطريقتين يوجبون السقي أيضا وهو بعيد ، لأنه لم يلتزم له الابقاء ، فينبغى أن تكون صورة شرط القطع مستثناة من وجوب السقي ، ويتعين القطع بهذا لأنه له المطالبة بالقطع ، فكيف نوجب عليه السقي ؟ الا أن يقال : انه يجب عليه السقي في مدة طلب القطع اذا خيف من تركه الفساد ، لأنه من تنمة التسليم ، وهذا بعيد أيضا كما لو اشترى حيوانا ولم يقبضه

لا يجب على البائع في مدة طلبه بالتسليم القيام به ، ولا يجب على البائع نصب الناطور كما سيأتى التنبيه عليه في مسألة وضع الجوائح .

(فرع) الى متى ينتهى الزمان الذى يجب فيه السقى ؟
يجىء من مقتضى كلام القاضى حسين والامام وغيرهما ما سنحكيه في مسألة وضع الجوائح ثلاثة أوجه (أصحها) أنه الى أوان الجذاذ (والثانى) يتأخر بعد ذلك زمانا لا ينسب المشتري فيه الى توان بترك الثمار على الأشجار (والثالث) بنفس الجذاذ ، وهذا لم يصرحوا به فى السقى ، ولم يذكره الامام وانما ذكره القاضى حسين فى وضع الجوائح ، وسيأتى ذلك مبينا هناك .

(فرع) لو شرط السقى على المشتري بطل البيع لأن السقى مجهول ، نص عليه الشافعى والأصحاب وعلة بعضهم بأن السقى مجهول ، وعن القاضى أبى حامد أنه ولو كان معلوما أبطلناه أيضا من قبل أنه يبيع واجارة فى أولى قوليهِ (قلت :) وهذه علة الشافعى رحمه الله تعالى ، قال الخوارزمى : والجذاذ على المشتري على الأصح (قلت :) وما أشار اليه من الخلاف يمكن بناؤه على الخلاف الذى سنذكره فى نهاية وضع الجوائح هل هو بوقت الجذاذ أو بنفس الجذاذ ؟ (ان قلنا) بالأول فعلى المشتري (وان قلنا) بالثانى فعلى البائع ؟ لأنها لا تصير مسلمة الا به .

(فرع) قال الشيخ أبو محمد فى السلسلة : اذا اشترى ثمرة على رؤوس الشجر بعد بدو الصلاح فتركها عليها الى أوان الجذاذ فانقطع ماء الوادى ، فان ضرر بقاء الثمرة بالشجرة لم يجبر صاحب الشجرة على ترك الثمرة عليها ، وان لم يكن على الأشجار ضرر فى التبقية ولا للثمار نفع فى التبقية ، ولا ضرر على الثمار بالقطع ، ولو تركت على الأشجار لم تزد على حالها ، ولو قطعت لم ينقص القطع شيئا من قيمتها فطالب البائع المشتري بقطعها ، فهل يجبر على القطع ؟ فعلى قولين يبنيان على ما اذا أسلم فى شيء الى أجل معلوم ، فجاء به قبل المحل ، وليس فى قبضة مزية ، فهل يجبر على قبوله ؟ فعلى قولين :

(فان قلنا :) لا يجبر على القبول فلا يجبر المشتري على قطع الثمرة هنا ، والا فيجبر . وهذا محمول على ما اذا حصلت هذه الحالة قبل أوان الجذاذ ، وعلى ما اذا علم عدم عود الماء وعدم

الانتفاع بالماء (أما) اذا توقع النفع فلا يجبر المشتري على القطع ومن هنا أيضا نأخذ أن مجرد انقطاع من غير حصول عيب ولا ضرر لا يثبت خيارا للمشتري ، وان ما سيأتى من كلام الصيدلانى فى ذلك محمول على ما اذا كان الانقطاع يحصل به ضرر ، وقد تقدم من كلام الامام فيما اذا باع أصلا وعليه ثمرة للبائع .

(فرع) قريب من هذا فيما اذا أصابت الثمار آفة بحيث لا نمو أو لا فائدة فى تبقيتها ، هل للبائع تبقيتها ؟ .

(فرع) باع الجمد فى الجمد ، وكان طوله وعرضه وعمقه معلوما صح ، ويسلم بحسب الامكان ، وفيه وجه أنه يلزمه تسليمه على العادة بأخذ الجمد منه ، كل يوم وقرا أو وقرين أو ثلاثة ، قال القاضى حسين : (والصحيح) الأول . وقاسه على الدار والسفينة المشحونتين ، وقال للخوارزمى : (الأصح) عندى أنه لا يجب تفريغها فى الحال ، بل على مر الأيام عادة تفريغ المجامد فعلى ما قاله القاضى حسين قد يورد هذا الفرع اعتراضا على كلام المصنف ، قال القاضى : وكذلك من اشترى حمل حطب فانه يجب تسليمه فى موضع البيع ، ولا يلزمه حمله الى بيته ، وان كانت العادة قد تقضى بذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا اشترى ثمرة على الشجر فلم يأخذ حتى حدث ثمرة أخرى واختلطت ولم تتميز ، أو اشترى حنطة فلم يقبض حتى انثالت عليها حنطة أخرى ففيه قولان) أحدهما (يفسخ البيع ، وهو الصحيح لأنه تعذر التسليم المستحق بالعقد ، فان البائع لا يلزمه تسليم ما اختلط به من ماله ، فان رضى البائع بتسليم ماله لم يلزم المشتري قبوله ، واذا تعذر تسليم المعقود عليه بطل العقد كما لو تلف المبيع (والثانى) لا يفسخ ، لأن المبيع باق ، وانما انضاف اليه زيادة قصار كما لو باع عبدا فسمن ، أو شجرة شكبرت . فان قلنا : لا يفسخ . قلنا للبائع : ان سمحت بحقك أقر العقد . وان لم تسمح فسخ العقد) .

(الشرح) هذا الفصل معقود لحكم اختلاط الثمار ، والحق به ما فى معناه من اختلاط المبيع بغيره . وذلك على مراتب (المرتبة الأولى) وعليها اقتصر فى هذه القطعة من كلام المصنف . أن تكون

الثمرة مبيعة فتختلط بغيرها ، وذلك اما فيما يحمل حملين ،
واما فيما يحمل حملا واحدا وكان قد اشترى ما ظهر منها . اما
بعد بدو الصلاح مطلقا أو قبله بشرط القطع - ولم يتفق القطع -
ثم حدثت ثمرة أخرى فان الثمرة الحادثة لصاحب الأصل ، فاذا
كان ذلك قبل أن يلقط المشتري ثمره واختلطت الحادثة بالثمرة
المبيعة . فان كانت تتميز بالكبر والصغر أو نجوهما . فان المشتري
المتقدمة والبائع الحادثة . نص عليه الشافعي والأصحاب رضى الله
عنهم من العراقيين والخراسانيين .

وان لم تتميز ، أو اشترى حنطة فلم تقبض حتى انثالت عليها
حنطة أخرى . وكانت كل واحدة منهما غير معلومة القدر أو ما أشبه
ذلك ، ففيه قولان . اتفقت الطرق على حكايتهما (أحدهما) يفسخ
البيع ، لما ذكره المصنف والمراد بالتسليم المستحق ما يجبر البائع
عليه ، وأما التسليم في ضمن الجميع فلا يجبر البائع عليه ، ولو سمح
به لا يجبر المشتري على قبولها كما لا يجبر على قبض ما اشتراه ،
وعين أخرى . واذا ثبت أن المشتري لا يجبر المتاع على القبض نقول :
البيع باطل ، وهذا القول منقول عن نصه في الأم والاملاء على
مسائل مالك رحمه الله ، فلو قال البائع : انما أسمح بحقي فلا أثر
لذلك على هذا القول (والقول الثاني) نقله الربيع وهو اختيار المزني :
انه لا يفسخ ، وقال الغزالي والرافعي في المحرر : انه الأظهر .
وكذلك الجرجاني ، لما ذكره المصنف ولأن الاختلاط بمنزلة العيب ،
فاذا سمح البائع بتسليمه كان كزوال العيب فيسقط خيار المشتري .

قال هؤلاء : والتسليم غير متعذر ، فانه يقبضه أكمل ما كان ،
كما لو أسلم في طعام جيد فأعطى أجود مما ذكره ، وأردأ منه ، ومع
ذلك يجب على المسلم قبوله وانما لا يجب التسليم في العين المضمومة
الى المبيع اذا كانت متميزة يمكن التسليم على الانفراد ، وقد قال
المصنف رحمه الله : ان الصحيح الأول ، وكذلك قال القاضي أبو الطيب
والشاشي وابن أبي عصرون ، وعن صاحب التقریب حكاية قول ثالث
أن العقد لا يفسخ ولا خيار ، ويجعل الاختلاط قبل القبض كالاختلاط
بعده ، واستبعده الامام ، وحكاة الجوري عن أبي سلمة والمروزي ،
وحكى الروياني طريقة أنه في مسألة الحنطة قبل القبض يبطل البيع

قولاً واحداً ، لأن الشافعى جعلها دليل أحد القولين فى اختلاط الثمار
قال : وهذا أوضح .

(واعلم) أن ما ذكره فى تعليل كل من القولين يقتضى أن التسليم
لم يوجد ، ومن المعلوم أن القبض فى الثمار بالتخلية ، لكن وإن
قلنا قبضها بالتخلية فليس ذلك بقبض تام ، فإن البائع يجب عليه سقيها
على المشهور من المذهب ، فالتسليم التام إنما هو حين الجذاذ ،
ونسبه جماعة من الأصحاب رضى البائع بترك حقه بالاعتراض عن النقل
فيما إذا اشترى دابة ونعلها ، ثم اطلع على عيب قال الامام : ومسألة
النفصل ليست خالية عن خلاف ، وهذه التى نحن فيها أولى بالخلاف
من تلك ، فإن الزام المشتري بطوق منه البائع فيه بعد . وفى هبة
المجهول غوائل . فالمسألة اذن مختلف فيها فإن أجبرنا المشتري سقط
خياره والا فهو على تخيره .

وقد حكى الرويانى فيما اذا انثالت حنطة على الحنطة الميعة ،
وسلم البائع الكل الى المشتري وجهين فى اجبار المشتري على القبول .
وفيه تصريح بمساعدة الامام ، لكنه لم يحك خلافاً فى مسألة الثمرة .
ومع حكايته الوجهين فى الاجبار فى مسألة الحنطة قال : انه لا خيار
للمشتري . وهذا كلام متيح . والصواب أنا اذا لم نجبر المشتري
على القبول فخياريه باق ، وانه لا فرق فى ذلك بين الثمار والحنطة .
وقد صرح الامام فى باب الخراج بالضمان بالوجهين فى الاجبار فى
هبة الضمان . وقال : ان الأقيس عدم الاجبار على القبول . وحكى
الرافعى رحمه الله تعالى الوجهين هنا ، وقال : ان الأصح سقوط خيار
المشتري كما فى مسألة النقل .

وقول المصنف فى الثمرة : فلم يأخذ . وفى الحنطة : فلم يقبض .
له معنى أنه عليه عن قرب . وقوله : حتى انثالت عليها حنطة أخرى
هو باطلاقة شامل لما اذا كانا معلومى القدر أو لا . لكن صورة
المسألة فيما اذا لم يكونا معلومى القدر على ما سيأتى التنبيه
عليه فى فرع عن الماوردى . وقول المصنف رحمه الله تعالى : فإن
قلنا : لا يفسخ . قلنا للبائع : ان سمحت بحقك أقر العقد ، وأجبرنا
المشتري على القبول . كذلك صرح به الأصحاب الشيخ أبو حامد
والقاضى أبو الطيب وغيرهما . وقد تقدم عن الامام ما فيه .

(وقوله :) وأن لم يسمح البائع فسخ العقد . أى يفسخه الحاكم بينهما . كذلك صرح به الأصحاب . منهم المساوردي والقاضي أبو الطيب . ولا يقال للمشتري ههنا : أنكر تسليم المبيع والثن جميعا الى البائع ، لئلا يفوز البائع بالعوض والمعوض وما ذكره المصنف من الفسخ عند امتناع البائع كالمتفق عليه بين الأصحاب على هذا القول وفي تعليق القاضي حسين أنه يفصل الخصومة بينهما بالتداعي . وهو يوافق ما تقدم عن صاحب التقریب .

(فرع) لو انثال على الحنطة المبيعة بعد قبضها حنطة أخرى فالبيع صحيح وهما مالان اختلطا ، فان اصطلحا على شيء كان القول قول من الشيء في يده في قدر ما لصاحبه . قال أبو اسحاق : وصورته أن يكون المشتري ترك الطعام وديعة عنده فاختلف . وأما في مسألة الثمرة فالقولان جاريان ، سواء اختلفت الحادثة بالخارجة بعد القبض بالتخلية أم قبله . وقال المزنى رحمه الله تعالى : انما القولان في المسألتين قبل القبض . فان كان بعد القبض فالبيع صحيح فيهما قولاً واحداً ، وغلطه الشيخ أبو حامد ، وفرق هو والأصحاب بأن الطعام اذا قبض استقر العقد والثمرة — ان قلنا بالقول الجديد : انها من ضمانه — فان كمال القبض فيها على البائع ، بدليل أن عليه السقي ، وبدليل أنها لو عطشت كان للمشتري الخيار .

(قلت :) ولهذا المعنى قال المصنف في الثمرة ، فلم يأخذ ، وفي الحنطة : فلم يقبض ، فلم يأت في الثمرة بلفظ القبض ، بل بلفظ الأخذ ، والمراد به أخذها من على الشجرة ، وأما القبض فمقدم على ذلك وان اختلفت الثمار بعد الجذاذ أو في الجرين ، أو غيره لم يفسخ قولاً واحداً ، وانما القولان بعد التخلية ، لأن القبض لم يستقر ، ألا ترى أن الثمرة اذا عطشت ولم يتمكن البائع من السقي كان للمشتري ردها بالعيب ، قاله القاضي أبو الطيب وغيره ، وهذا جنهم بنساء على الصحيح المشهور أنه يجب على البائع السقي ، وقد حكى القاضي حسين — رحمه الله — فيه وجهين ، وبناهما على أن الحاجة من ضمان البائع ، أو من ضمان المشتري ، وهو غريب في النقل . ومثله في الغرابة ما ارتضاه الامام والغزالي من أن الاختلاط في الثمار بعد التخلية مبني على وضع الجوائح .

(فإن قلنا) توضع كما كان قبل القبض ، والأفتاف صلان بالخصومة أو الإصلاح ، فعلى ذلك لا يأتى على الجديد إلا أن البيع صحيح قولاً واحداً كما ذهب إليه المزنى ، وهو خلاف ما أطبق عليه العراقيون ، فقد تلخص في اختلاط الثمار أنه إن كان قبل التخلية جرى القولان باتفاق الطرق وقياس الطريقة التي قالها الرويانى في الحنطة أن يقال هنا : انه يبطل قولاً واحداً • وإن كان بعد الجذاذ فالبيع صحيح قطعاً وإن كان بعد التخلية وقبل الأخذ فالشهور وهو طريقة العراقيين جريان القولين قبل التخلية ، واختار المزنى والامام والغزالي على الجديد أنه كما بعد الجذاذ ، فالمنصف حينئذ جرى على طريقة العراقيين وهى الصحيحة ومن اختارها القاضى حسين من الخراسانيين ، وقد أغرب المتولى فحكى في كتاب الرهن أنه لا فرق في جريان القولين في مسألة الحنطة بين ما قبل القبض وبعده ، وهذا ضعيف جداً ، ويلزمه طرد ذلك في الثمار بعد الجذاذ •

(فرع) لو باع الحنطة منه مكايلة وسلمها اليه جزافاً ثم اختلفت بحنطة للبائع ، قال القاضى حسين : يخرج على القولين •

(فائدة) اذا انتهى الأمر الى الخصومة وقبل قول ذى اليد قال الامام : سبيله في الخصومة أن لا يتعرض لبيع ، فانه اذا ادعى بيعاً في الصاعين فسنكره البائع ثم يرجع الى اختلاف المتبايعين في قدر البيع •

(فرع) اليد في الثمار بعد التخلية وقبل القطاف للبائع أو للمشتري أو لهما ؟ ثلاثة أوجه نقلها الامام • قال ابن أبى الدم : ومقتضاه أنا متى جعلنا الثمار في يد واحد فالقول قوله (وإن قلنا :) انها في يدهما فلم يذكر الامام ولا الغزالي ما يقتضيه هذا الوجه ، ومقتضاه أن يقسم القدر المتنازع بينهما نصفين ، ولكل منهما تحليف صاحبه ، وفي كفيته وجهان كالوجهين في عين في يد رجلين كل منهما يدعى جميعها (أحدهما) يحلف على استحقاقه النصف الذى يسلم اليه (والثانى) على استحقاقه الكل والأول أصح • وهذه المسألة مذكورة في الدعوى •

(فرع) قد تقدم حكاية الخلاف في الصحيح في هذه المسألة ،
وأن الغزالي والرافعي قالوا : أن الأظهر عدم الانفساخ وفيه نظر ،
لأنهما يوافقان على أنه لو باع الثمرة التي يغلب تلاحقها أن البيع
لا يصح فإن كان التلاحق الطارئ غير مانع من التسليم بل هو عيب ،
فينبغي أن لا يبطل في صورة العلم بطريانه ، وإن كان مانعا من التسليم
فينبغي إذا طرأ قبل القبض أن يفسخ العقد كلف المبيع .

(فرع) قد تقدم أنه على القول بعدم الانفساخ يقال للبائع :
إن سمحت بحقك أقر العقد كما قال المصنف ، وهكذا هو في مختصر
المزني ، وقال : إن البائع بالخيار ، والغزالي والرافعي لم يذكر
ذلك ، وإنما قالوا : أنه يثبت للمشتري الخيار ، قال الرافعي : فإن
قال البائع : أسمح ففى سقوط خيار المشتري وجهان ، والمفهوم من
إثبات الخيار للمشتري أنه إذا لم يسمح البائع ، فالمشتري يفسخ ،
وقد قدمت عن أبي الطيب وغيره أن الفاسخ هو الحاكم ، وأيضا قياس
قول الرافعي : أن ذلك من باب العيوب ، فيكون على الفور إلا أن
يسقطه البائع بترك حقه ، فلو لم يفعل وآخر المشتري الفسخ سقط
حقه ، وهو خلاف ما يفهم من كلام الأصحاب .

(فائدة) قال الامام : ولو أعترفا - والاختلاط بعد القبض -
بالالتباس ، ورضيا بأن لا يفسخ العقد ، رجع الكلام الى الوقف
والاصطلاح ، فقلوه : ورضيا بأن لا يفسخ العقد لا حاجة اليه ،
لأنه إن كان بعد القبض التام فلا خيار ولا يفسخ ، وإن كان بعد القبض
بالتخلية فعنده كذلك ، وإنما يأتي هذا الكلام عند الأصحاب على
أحد القولين بعد التخلية إذا قلنا بعدم الانفساخ ، فحينئذ إذا رضى
بأن لا يفسخ العقد يرجع الأمر الى الاصطلاح كما بعد القبض .

(فرع) هكذا الحكم في بيع الباذنجان في شجره إذا بلغ
نهايته لم يحتج الى شرط القطع ، ولو كان البعض صغارا والبعض
كبارا فإنه يترك حتى يتلاحق ، فإن كان الكل صغارا لم يجز إلا بشرط
القطع ، فلو باع في الحالتين ثم ظهر شيء آخر واختلط بالمبيع جرى
القولان ، وكذلك الخربز وهو البطيخ وهكذا القثاء والخيار ، وكل
ما له حمل بعد حمل ، على ما ذكره المزني والأصحاب ، فلو كان
المبيع شجر الباذنجان فسيأتي في الفصل الذي بعد هذا .

(فرع) فيه تنبيه على تقييد كلام المصنف ، لو اختلط الطعام المبيع بغيره قبل القبض ، وكان أحدهما معلوم القدر ، وذلك بأحد ثلاثة أوجه (اما) أن يكون كل منهما معلوم الكيل (واما) أن يكون المبيع منهما معلوما ، فيعلم بعد استيفاء كيل المبيع قدر ما ليس بمبيع (واما) أن يكون غير المبيع معلوما فيعلم بعد استيفاء كيل ما ليس بمبيع قدر المبيع . فإذا كان المبيع معلوم القدر بأحد هذه الوجوه الثلاثة فقد صار مختلط العين متميز القدر ، وتميز القدر يمنع من الجهل ، وهو أقوى المقصودين ، فصح البيع واختلاط العين معير للصفة مع تفاوت الأجزاء ، فصار غيبا يوجب الخيار ، فوجب أن يكون البيع جائزا ، وللشترى الخيار ، فإن فسخ رجع بالثمن ، وإن أقام صار شريكا للبائع على قدر الحصتين .

وإن كان الطعامان متماثلين القيمة تقاسما كيلا ، وإن كان مختلف القيمة بيع ، وكأنا شريكين في ثمنه على قدر قيمة الطعامين إلا أن يتراضيا بقسمة ذلك كيلا ، على الحصص دون القيمة فيجوز . ذكر هذا الفرع يكمله الماوردي ، وهو ينبه على أن محل جريان الخلاف في الانفساخ ، إنما يكون عند الجهل بالمقدار ، ولذلك قيدت كلام المصنف ، فإنه مطلق ، والله أعلم . وكذلك كلام كثير من المصنفين وأما الثمار فلا تكون إلا مجهولة المقدار ، والله أعلم .

(فرع) قد تقدم أنه إذا كان اختلاط الطعام بعد القبض لا يفسخ العقد ، والعقد صحيح بحاله ، وكذلك الثمرة إذا كان بعد الجذاذ ، فإن كان قدر الطعام أو الثمرة معلوما بأحد الأوجه التي مضت تقاسما على ما تقدم ، وإن كان قدر الطعام مجهولا والفرض أنه بعد القبض فلا يفسخ العقد ، وإن تراضيا على شيء ، واتفقا عليه جاز ، واقتسما على ذلك . وإن اختلفا فإن كانت صبرة المشتري قد انثالت على صبرة البائع فالقول قول البائع في قدر ما له مع يمينه ، لأن اليد له . وإن كانت صبرة البائع انثالت على صبرة المشتري فالقول قول المشتري في قدر ماله من مال البائع مع يمينه وقال الزنى : القول قول البائع . لأن يده قد كانت على الطعامين معا . وكان أعرف بقدرهما من المشتري المستحدث اليد .

قال الماوردي : وهذا خطأ . لأن ما وجب اعتبار اليد فيه كانت اليد الثانية أولى أن تكون معتبرة من اليد المرتفعة كسائر الحقوق (قلت :) والصواب ما قاله الماوردي وقد قاله غيره وتقدم ذلك مختصرا . وليس من لازم التصوير الذي أطلقه المزني أن تكون اليد للبائع . فقد تكون صبرته في يد غيره ، والله أعلم .

(فرع) لو صدر الخط من البائع أو المشتري عن قصد كان الحكم كذلك كما يقتضيه لفظ الشافعي رضي الله عنه في الأم .

(فرع) قال القاضي حسين : ان القولين في الانفساخ في مسألة اختلاط الثمار المبيعة بغيرها ينبنيان على تلف المبيع في يد البائع قبل القبض ، لا خلاف أنه يفسخ العقد ولأي معنى يفسخ ؟ فيه معنيان (أحدهما) لتعذر التسليم (والثاني) لوقوع اليأس عن التسليم (ان قلنا) بالأول انفسخ العقد هنا (والا) فلا ، لأنه يمكنه تسليم الكل . قال : ويخرج على هذين المعنيين مسائل (منها) إذا باع درة ووقعت قبل القبض في لجة البحر يفسخ العقد لوجود المعنيين . وان وقعت في واد ، ان قلنا بالأول انفسخ والا فلا (ومنها) لو باع عصفورا ثم اختلط بعصافير البائع قبل القبض ، أو حنطة فانثالت عليها حنطة أخرى للبائع . ان قلنا بالأول انفسخ والا فلا (ومنها) إذا باع عبدا فأبق قبل القبض ، عامة أصحابنا على أن البيع لا يفسخ . وقال أبو يعقوب الأبيوري : كل يفسخ ، قال القاضي : ويمكن تخريجه على المعنيين . وكذا لو نهبه التركمان أو غاروا عليه قبل القبض .

(قلت :) وفي مسألة اختلاط الثمار والحنطة وشبهها لا يظهر فرق بين تعذر التسليم وبين اليأس منه . فإنه ان أريد به تسليم المبيع وهذه متميزا فهو متعذر ، ومأيوس منه . وان أريد تسليمه في الجملة فليس بمتعذر ولا مأیوس منه (وأما) مسألة العصفور فقد قال الروياني في البحر : انه لو باع شاة فاختلطت بقطيع لا تتميز فالمذهب أنه يبطل البيع . قال : وتفرق الحنطة لأن هناك الاشاعة لم تمنع البيع ، وهنا الاشتباه مانع من العقد . وقيل : لا يبطل لأنه يمكنه التسليم بأن يقبض الكل ويكون حكمه حكم من اختلطت

شأنه بقطيع لآسان . قال : وهذا لا يصح لأن الشرط في القبض أن يتسلط به على المقبوض . ويتمكن من التصرف وهذا لا يوجد بقبض الجملة .

(قلت :) قوله : المذهب أنه يبطل البيع ، ان أراد الترجيح في الجملة ، فالحنطة والثمرة كذلك ، وان أراد أنه يبطل قطعاً بخلاف الحنطة والثمرة لما لحظه من معنى الاشاعة والاستباه فقد يقال : ان ذلك لا يستقيم ، لأن الخلط هنا لو اقتضى الاشاعة كما يقوله في باب الفلس وغيره لكان المذهب هنا أنه لا يفسخ العقد بالاختلاط ، لأن المذهب هناك أنه يصير مشتركاً ، وأيضاً فكان يفصل هنا بين أن يكون الخلط بالمثل والأردأ أو بالوجود ، كما هو مفصل هناك ، لكن المذهب هنا أنه يفسخ العقد ، ولم يفصل أحد بين أن يكون الخلط بالأجود أو بالمثل ، فدل على الفرق بين البابين وأن الخلط انما يقتضى الاشاعة اذا كان بعد القبض ، أما قبل القبض كمسألتنا هذه فالملك غير مستقر ، فيتأثر بالخلط ولا يحكم بالاشاعة .

وما ذكره الروياني يوافق وجهها في الفلس أن البائع لا يرجع في المبيع اذا خلط مطلقاً وهو مؤيد هناك بمسألة الاختلاط هنا والمذهب هناك خلافه وفرقوا بينهما بما ذكرناه ، ولو كان قول الاشاعة ملاحظاً في مسألة اختلاط الثمرة والحنطة ، لكننا نقسم ذلك بين البائع والمشتري ، ولم يقل به أحد هنا فيما أعلم ، وانما القائل بعدم الانفساخ يقول بالتخيير ، نعم معنى الاشاعة يجب أن يلاحظ اذا كان الاختلاط بعد القبض في الحنطة وبعد الجذاذ في الثمرة ، وكذلك على القول الذي حكاه الامام عن صاحب التقريب ، وان كان لم يتعرض للاشاعة ، ولا ينافي ذلك ما تقدم عن الأصحاب من فصل الخصومة ، لأن ذلك معرفة المقدار وبعد معرفة المقدار الذي لكل منهما يصير مشتركاً كما تقدم عن الماوردي فيما اذا كان المقدار معلوماً ، ويصير حكمه حكم الاختلاط المذكور في غير ذلك من الأبواب ، وفي المثليات بحكم الاشاعة على ما سنذكره ان شاء الله تعالى في باب الفلس والغصب ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى شجرة عليها حمل للبائع فلم يأخذه حتى حدث حمل للمشتري واختلطت ولم تتميز ، ففيه طريقان ، قال أبو علي ابن خيران وأبو علي الطبري لا يفسخ العقد قولاً واحداً ، بل يقال : ان سمح أحدهما بترك حقه من الثمرة أقر العقد لأن المبيع هو الشجر ولم يختلط الشجر بغيره وإنما اختلط ما عليها من الثمرة والثمرة غير مبيعة فلم يفسخ البيع كما لو اشترى داراً وفيها طعام للبائع وطعام للمشتري ، فاختلط أحد الطعامين بالآخر فإن البيع لا يفسخ في الدار قال المزني وأكثر أصحابنا : أنها على قولين كالمسألة قبلها لأن المقصود بالشجر هو الثمرة فكان اختلاطها كاختلاط المبيع . وان اشترى رطبة بشرط القطع فلم يقطع حتى زادت وطالت ففيه طريقان (أحدهما) أنه لا يبطل البيع قولاً واحداً بل يقال للبائع : ان سمحت بحقك أقر العقد وان لم تسمح ففسخ العقد لأنه لم يختلط المبيع بغيره ، وإنما زاد المبيع في نفسه فصار كما لو اشترى عبداً صغيراً فكبر أو هزلاً فضمن (الثاني) وهو الصحيح أنه على قولين (أحدهما) لا يفسخ البيع (والثاني) يفسخ ويخالف السمن والكبر في العبد فإن تلك الزيادة لا حكم لها ولهذا يجبر البائع على تسليم [العبد] (١) مع السمن والكبر ولهذه الزيادة حكم ، ولهذا لا يجبر البائع على تسليمها فدل على الفرق بينهما) .

(الشرح) فيه مسألتان هما من بنية المراتب التي تقدم التنبية عليها من مسائل الاختلاط (أحدهما) وهي المرتبة الثانية اذا اشترى شجرة أو أرضاً فيها شجرة وعلى الشجرة المبيعة أو الداخلة في البيع من الثمرة حمل . اذا اشترى شجرة وعليها حمل للبائع بأن كان مؤبراً أو ما في معناه فلم يأخذها البائع حتى حدث حمل للمشتري واختلطت ولم تتميز وذلك انما يكون فيما يحمل حملين ، أما ما يحمل مرة في العام فقد تقدم أنه متى كان على النخلة شيء مؤبر كان جميع ثمرة

(١) في شوق ما بين المعقوفين (العقد) والصواب ما ههنا (ط)

ذلك العام للبائع . اذا عرف ذلك قال الأصحاب : فان كان الحمل الحادث يتميز عن الأول كان الحمل الموجود حال العقد للبائع ، والحمل الحادث للمشتري لأنه حدث في ملكه وان لم يتميز فقد نقل المزني عن الشافعي قولين كما تقدم في المرتبة الأولى واختلف الأصحاب في ذلك على طريقتين كما ذكره المصنف رحمه الله تعالى .

(احدهما) طريقة ابن خيران وأبي على الطبري في الإفصاح القطع بعدم الانفساخ . ونقل الشيخ أبو حامد عن ابن خيران أن هذه المسألة لا تعرف للشافعي رحمه الله تعالى ، ولا نص عليها ، ولا تجيء على مذهبه أيضا ، بل البيع صحيح بكل حال ، قال : وقد نكت ابن خيران وما قصر ، وهذا الكلام من الشيخ أبي حامد فيه ميل إلى ما قاله ابن خيران وكذلك الماوردي قال : أن ما قاله ابن خيران أصح جوابا وتعليلا ، وإن كان نقل المزني صحيحا ، قال : والأذعان للحق أولى من نصرة ماسواه .

وقال القاضي أبو الطيب عن ابن خيران والطبري : انهما قالا : أن الذي في مختصر المزني نقله في الأم فوق الغلط في النقل من مسألة بيع الثمرة إلى مسألة بيع الأصول ، واحتج المنتصرون لهذه الطريقة بأن الاختلاط ليس في المبيع ، فصار كما لو اشترى رجل ثمرا وتجددت شمار في يد البائع وتعييت الثمار والمبيع في يد البائع فلا خيار بعيب الثمار ، قال الامام : وهذا القياس الذي لا يسوغ غيره وممن صح هذه الطريقة الخوارزمي في الكافي .

(الطريقة الثانية :) وبها قال المزني وأبو اسحاق المروزي ، ونسبها القاضي أبو الطيب كما نسبها المصنف إلى أكثر أصحابنا أنها على القولين ، قال هؤلاء : ونحن وإن لم نعلم نصه عليها فإن المزني ثقة فيما نقله عنه ، وفي المسألة ما لا يحتمل التأويل من وجهين (أحدهما) أن فيها يقال للمبتاع أتسمح ؟ فإن سمح والاقيل للبائع أتسمح ؟ فلولاً أن المعقود عليه هو نفس الشجر لما صح أن يقال لكل منهما : أتسمح ؟ (والثاني) أنه قال : تكون الخارجة للبائع ، والحادثة للمشتري ، فدل على أن المعقود عليه هو الشجر ، ثم المعنى يدل على ذلك فإن المعقود عليه وإن كان هو الشجر فإن

المقصود منها الثمرة ، فإذا اختلطت الخارجة بالحادثة فقد اختلط المقصود من البيع بغير البيع ، فهو كما لو اختلط المبيع بغيره ، قال الشيخ أبو حامد : وهذا قريب ، غير أن ابن خيران أسقط المسألة بالأصالة فلا معنى لقول هذا القائل : أن فيها ما لا يحتمل التأويل .

(قلت :) المراد أن المسألة غير قابلة للتأويل ، وأما إسقاط ابن خيران فيجواب عنه بأن المزني ثقة ، وقد نقلها فلم يبق لابن خيران متعلق إلا أن تقول أن المزني أخطأ فيها وجوابه بما أبداه هذا القائل من المعنى ، فإنه ينفي الجزم بخطئها ، واعلم أن هؤلاء الأئمة على جلالتهم وإطلاعهم بين منكر لما نقله المزني ومقلد له فيه ، وقد وقفت على القولين بما لا يحتمل التأويل إلا بتعسف عظيم ، فإنه قال في آخر باب ثمر الحائط يباع أصله ، وما أثمر في السنة مرارا فبيع وفيه ثمرة فهي للبائع وحدها ، فإذا انقضت فما خرج بعدها مما لم يقع عليه صفقة البيع فلمشتري الأصل ، وصنف من الثمرة ما كان يخرج منه الشيء بعد الشيء ، حتى لا ينفصل ما وقعت عليه صفقة البيع ، وهو في شجره فكان للبائع ما لم تقع عليه صفقة البيع ، وكان للمشتري ما حدث .

فإن اختلط ما اشتري بما لم يشتري فلم يتميز ففيها قولان (أحدهما) لا يجوز البيع فيه إلا بأن يسلم البائع للمشتري الثمرة كلها ، فيكون قد أوفاه حقه وزيادة أو يترك المشتري له هذه الثمرة ، فيكون قد ترك له حقه .

(والقول الثاني) أنه يفسد البيع من قبل أنه — وإن وقع صحيحا — فقد اختلط حتى لا يتميز الصحيح منه الذي وقعت عليه صفقة البيع مما لم يقع عليه ، وقد تكلف ابن الرفعة بحمل ذلك على ما إذا باع شجرة التين مثلا بعد أن نتجت الأغصان ولم تبرز الثمرة فاشتراط البائع لنفسه تلك الأغصان ، فإنه كالثمرة غير المؤبرة إذا شرطها البائع لنفسه ، فيشتراط فيها القطع على النص ، فيصح أن يقال : إن المبيع قد اختلط بغيره ، وهذا تكلف بعيد ، وقد أحسن المحاملي فاعترف بأن الشافعي رحمه الله تعالى نص على القولين في الأم ، ورد على ابن خيران مذهبا وحاجا ، وذكر الامام عن القائلين بهذه

الطريقة أنهم فرقوا بين صورة الاختلاط وبين تعيب الثمار المتحدة في يد البائع ، بأن الاختلاط سببه بقاء ثمرة البائع على الأشجار ، وعلى البائع في الجملة تخلية المبيع للمشتري ، فقد حصل الاختلاط بسبب ما استبقاه البائع لنفسه ، وقرب ذلك من نقل الأحجار المودعة في الأرض ، ومن قلع باب الدار المبينة لنقل ما فيها من الأمثلة .

وفي البحر أن ابن خيران تأول ما نقله المزني على ما إذا ابتاع الشجرة وبقيت الثمرة للبائع ، ثم اشترى المشتري ثانيا الثمرة . ثم ظهرت الحادثة فاختلفت بها . وهنا يختلط المبيع بغير المبيع . فهي مسألة القولين . وغلطه في هذا التأويل بأن هنا وان اختلط المبيع بغير المبيع إلا أن كله للمشتري ، واختلط ملكه بملكه فلا يؤثر في البيع أصلا ، والله أعلم .

(فائدة) قال الشيخ أبو حامد : ولا أعرف شجرة تحمل حملين يتميز أحدهما عن الآخر في سنة واحدة إلا التين ، فإنه يحمل النوروذى ثم يحمل بعده في الوقت . وقد قال غيره : أن الفارنج والأترج والرائج أيضا يحمل حملين ، وقد بلغني عن نوع من التفاح والبادنجان والبطيخ والقثاء ونحوها كالتين ، وأجاب الأصحاب عن كوننا لم نجعل الحادثة تابعة للخارجة كما في ثمرة النخل ، حيث جعلنا الطلع الحادث تابعا على الصحيح بأن العادة في النضال أنه يحمل حملا واحدا ، فإذا كان بعض حملة للبائع كانت ثمرة ذلك العام كله له ، والتين يحمل حملين كل واحد منهما غير الآخر فالثاني كثرة النخل في العام المقابل .

(قلت) والآخر كذلك غير أنه لا يطرد في شجر بعينه ، ولا نقول في ثمرة النخل مطلقا أن ثمرة العام كلها للبائع ، فقد ورد أن نخل أنس بن مالك رضى الله عنه كانت تحمل في السنة مرتين بدعوة النبي صلى الله عليه وسلم له . فالمعتبر حينئذ بالحمل على ما جرت العادة . فإذا كان أحد الحملين منفصلا عن الآخر انفصالا بينا غير متلاحق لم يتبع الثاني الأول . وإن كانت عبارة الشافعي التي قدمتها تقتضي اعتبار العام فينبغي أن يقول : على ذلك سؤال قال الأصحاب : (أن قيل) هلا قلتم : الحمل الثاني تابع للأول ؟ كما إذا باع نخلة مؤبرة فإن الطلع الحادث للبائع تبعا للموجود ؟ (فالجواب) أن في الطلع وجهين

والفرق أن الطلع الحادث من جملة هذا الطلع الموجود ، لأنه ليس له
الا حمل واحد يتقدم بعضه ويتأخر بعضه • وليس كذلك الحمل
الثاني مع الحمل الأول •

(فرع) قال المتولى في هذه المسألة : ان عدم الانفساخ هو
الصحيح يعنى من طريقة القولين وفي مسألة اختلاط الثمار المبيعة
بغيرها لم يصحح شيئا والذي صححه ابن أبى عسرون في هذه المسألة
من طريقة القولين القول بالانفساخ كما صحح ذلك في مسألة اختلاط
الثمار المبيعة •

(فرع) اذا قلنا : يفسخ العقد فلا تفريع عليه (وان قلنا :)
لا يفسخ • قال القاضى أبو الطيب : فمن سمح منهما أجبر الآخر
على قبوله ، وان امتنما فسخ الحاكم بينهما ، كذلك قال القاضى
أبو الطيب ، وهو مفهوم المصنف رحمه الله • قال الماوردى : على
ما يقتضيه مذهب ابن خيران ، ان تراضيا واتفقا على قدر الحادثة من
المتقدمة ، والا فالقول قول صاحب اليد ، ولا يفسخ البيع لأنه لا يجعل
لما حدث تأثيرا في البيع وهذا الذى قاله الماوردى أحسن وأدخل
في المعنى الذى لحظه ابن خيران ، لأن الاختلاط في غير البيع لا أثر له ،
وكذلك صرح به المحاملى بعبارة تقتضى أنه منقول عن ابن خيران ،
فانه قال : وقال ابن خيران : المسألة على قول واحد أن البيع
لا يبطل ، ولكن يقال لكل منهما : اسمح بترك ثمرتك ، فان سمح أجبر
الآخر على القبول ، وان لم يسمح نظر — فان كانت الشجرة والثمرة
في يد البائع — كان القول قوله في قدر ما يستحقه المشتري منها ،
وان كانت في يد المشتري فالقول قوله في قدر ما يستحقه منها •

وكذلك الامام قال : انه على هذه الطريقة لا يثبت الخيار ، وربما
يظن بين كلام هؤلاء وكلام القاضى أبى الطيب منافاة ، ولا منافاة
بينهما ، فقد بين الرويانى ذلك ، ونقل القول بالفسخ عن نصه في
الأم وعن ابن خيران أنه اذا لم يسمح واحد منهما فالقول قول من
في يده كما قاله المصنف والقاضى أبو الطيب تفريعا على القول بعدم
الانفساخ من قولى طريقة الخلاف ، وما قاله الماوردى والمحاملى
والامام تفريع على طريقة ابن خيران فقط ، فكلام أبى الطيب لا ايراد عليه

الا من جهة كونه أطلق ذلك على قول عدم الانفساخ ، وهو مشترك بين قول ابن خيران وأحد قولي طريقة الخلاف وكلام المصنف الايراد عليه قوى ، لأنه نقل قول ابن خيران ، وفرع عليه أنه يقال : من سمح منكما أقر العقد فأفهم أنه اذا لم يسمح واحد منهما لا يقر العقد ، ويفسخ وليس ذلك قول ابن خيران ، ولو أخر هذه الكلمة بعد طريقة القولين وقالها تفريعا على عدم الانفساخ كان يعتذر عنه بما اعتذر عن القاضي أبي الطيب ، والله أعلم .

(فرع) كلام المصنف هنا مشير الى أنه لا مزية في غرض ترك الحق بين البائع والمشتري ، وكلامه في التنبيه يقتضى أنه يبدأ بالبائع وكلام الماوردي يقتضى البداءة بالمشتري ، والأقرب التسوية كما أشار اليه في المذهب وأن من بدأ بالقول البائع أو المشتري ، لم يقل ذلك على أنه محتتم ، بل على جهة المثال وليس كذلك كالبداءة في التسليم ، فان ذلك مقصود يجبر عليه بخلاف هذا ، والله أعلم .

(فرع) أورد على الزام المشتري أو البائع قبول ما بذل له من الثمن لامضاء العقد ما اذا سمح غرماء المفلس لصاحب السلعة المبيعة بتقديمه بتمام الثمن ليستمر عقد البيع ، فانه لا يلزمه الاجابة وفيه نظر .

(المسألة الثانية) وهي المرتبة الأخرى . اذا اشترى رطبة فان اشتراها بشرط القطع من أصلها فلم يقلع فما حدث يكون للمشتري ان اشتراها بشرط القطع فلم يأخذها المشتري حتى طالت وعلت ، فقد عطف الزمنى هذه على مسألة القولين ، فاختلف الأصحاب ، فمنهم من قال : البيع صحيح قولاً واحداً كما ذكره المصنف حكماً وتعليلاً ومنهم من قال : هي على قولين كالمسألة الأولى ومن ذهب الى هذا ابو اسحاق المروزي وابن أبي هريرة والشيخ أبو حامد وجمهور أصحابنا والامام والرويانى والنسائى قال الماوردي وجمهور أصحابنا : وغلط الشيخ أبو حامد القائل الأول ، وأجاب هؤلاء عما تمسك به القائل الأول من الكبر والسمن بأن زيادة الكبر والسمن وصيرورة البلع بسرا وما أشبه ذلك ليس بعين ، بمعنى أنه لم يزد في أطرافه ولا في

عدده ، والرطوبة اذا طاللت تفرع لها أغصان وحدثت أعيان لم تكن فهو
كالمسألة الأولى سواء .

وحسن المصنف هذا الجواب بقوله : ان تلك الزيادة لا حكم
لها ، فلم يقل انها ليست بعين ، فانها عين قطعاً ولهذا احتاج الأولون
يفسرون ذلك بعدم زيادة أطرافه وعدده ، لكنها — وان كانت عينا —
فلا حكم لها ، بدليل أنه يجبر على التسليم معها فعبارة المصنف أسلم
عن المشاححة ، وقد يفرض طول الرطوبة من غير تفرع الأغصان ، ومما
يدل على ذلك أنه لو باع الرطوبة وطولها ذراع فأجبر في نصف طوله
قبل القبض سقط من الثمن بقدره بخلاف السمن ، فانه لو هزل في
يد البائع لم يسقط شيء ، وقال القاضي أبو الطيب : ان الزيادة في
الرطب حدثت في الأصول التي في الأرض ، فهي بمنزلة حدوث حمل
آخر من الثمرة ، وقال الماوردي : انها عين متميزة بخلاف الكبر
والسمن فانه ليس متميزاً .

(واعلم) أن هاتين الطريقتين على ما ذكره المصنف متفقتان
على أن الزيادة التي حصلت في الرطوبة للبائع ، وليست للمشتري ،
وكذلك قال القاضي أبو الطيب والمحاملي والشيخ أبو حامد قبلهما
والقاضي حسين ، وذكر الماوردي في حكاية الطريقة الجازمة بالصحة
أن الزيادة للمشتري لأنها لا تتميز ، فان صح ذلك ففي المسألة ثلاث
طرق ، وقال ابن أبي عصرون : ان الأصح من قولى أحد الطرفين
الانفساخ كما ذكره في المسألتين السابقتين ، وقول المصنف : فسخ ،
أى يفسخه الحاكم ، كذلك صرح به الماوردي ، وقوله على القولين
أى القولين في اختلاط الثمرة المبيعة .

(واعلم) أن في مسألة الرطوبة ومسألة اختلاط الثمار المبيعة ،
يقال للبائع : ان سمحت بحقك أقر العقد ، وان لم تسمح فسخ
البيع ، كما قال المصنف هناك ، ولا يقال للمشتري : ان سمحت بحقك
أقر العقد وفي مسألة اذا باع الشجرة واختلطت الثمار الموجودة
بالحادثة يقال لكل منهما : ان سمحت بحقك أقر العقد والفرق أن
في المسألتين الأوليين اذا ترك المشتري حقه فاز البائع بالمعوض
والمعوض .

(فرع) باع شجرة الباذنجان ان بلغ نهايته فان كان في الخريف لا يحتاج الى شرط القطع ، والا فبشرط القطع ، فان كان عليه نور فهو للمشتري ، والا فهو للبائع كما في سائر الثمار ، ولا يدخل في مطلق العقد الا بالشرط ، فلو ظهر باذنجان آخر واختلط بالأول بحيث لا يتميز ففيه طريقان كما ذكرنا ، وهكذا في البطيخ والقثاء وما في معناها ، قاله القاضى حسين ، وقال الرويانى في هذا الفرع : ان باع الأصل مع الثمرة لابد من شرط القطع ، فان شجر الخربز والباذنجان والقثاء زرع وقد تقدم في كلام الامام ما يخالفه ، وقال الخوارزمى : ان باع الأصول قبل خروج حملها لم يجز الا بشرط القطع ، وان باع بعد خروج حملها ، فان باعها مع الحمل جاز مطلقا ، وان باعها دون الحمل أو مطلقا فالحمل الموجود للبائع ، والحادث للمشتري .

ومقتضى كلام القاضى حسين الذى حكيت أنه اذا باع البطيخ مع أصوله لم يصح الا بشرط القطع ، بخلاف النخل ، وكذلك قال الامام والغزالي ، قال ابن الرفعة : وهو أفقه يعنى من الامام ، والمنقول الأول ، يعنى كلاما عن البندنجى وغيره يقتضى أنه يجوز مطلقا .

(فائدة) ان قلت : ما وجه تأخير هذه المرتبة عن المرتبة الثانية ، فان في هذه المرتبة اختلط المبيع بغيره ، فهي أشبه بالمسألة الأولى (قلت) المرتبتان الأولىان الاختلاط فيهما ظاهر ، اما اختلاط المبيع بغيره في المرتبة الأولى واما اختلاط المقصود منه بغيره في المرتبة الثانية ، وفي هذه المرتبة القائل الأول يقول : ليس فيها اختلاط ، وانما هو زيادة المبيع في نفسه . ولو كان كما قال هذا القائل لأجبر البائع على تسليم الرطبة بكاملها . ولم يقل به أحد كما أشار اليه المصنف . فالنزاع في المرتبة الثانية في المختلط فيها . هل هو كالمختلط في المرتبة الأولى أو لا ؟ والنزاع في الاختلاط هل هو كذلك الاختلاط أو لا ؟ فذكر المصنف الاختلاط المحقق بقسميه . ثم لما فرغ منه ذكر ما يقبل النزاع في كونه اختلاطا أو لا ؟ لكن اجراء القولين هنا فيما أظنه أولى من اجرائهما في المرتبة الثانية لأن الاختلاط حقيقى ، وانكار ما فيه ارتكاب ضرب في المجاز أو القياس . وكون المرتبة الثانية كالأولى على العكس من ذلك . وكذلك قلت في هذه المرتبة الأخرى ، ولم أقل

الثالثة ، وذلك أن جماعة من محققى الأصحاب كابى حامد والماوردى اختاروا اجراء القولين هنا دون المرتبة الثانية .

ولو اشترى وديا (١) فكبر فانه للمشتري قولاً واحداً لأنها زيادة غير مميزة . قاله ابن أبى هريرة وغيره . وجعله القاضى حسين فى تعليقه قاعدة عامة أنه اذا اشترى شجرة وتركها حتى تكبر وتطول وتزداد كثيراً ، فان كان مما لا يتكرر قطعه مثل شجرة التفاح وأنواعه فيكون الكل للمشتري ، وان كان مما يتكرر قطعه مثل الخلاف والقصب يخرج على القولين ، وفى الفتاوى المنسوبة اليه فيما اذا اشترى شجرة بشرط القطع فلم تقطع حتى نما وكبر اطلاق القولين فى انفساخ العقد ، ثم قال جامعها بعد هذه المسألة ليست عن القاضى ، وانه ينبغي أن تكون للمشتري ، ولا خيار له لأنه ملك أصلها كالثمرة ، ثم قال : ورأيت للشيخ أبى المعالى أنه ان كانت الشجرة مما لا يخلف فللمشتري ، كالصنوبر والنخل ، وان كان يخلف كالقوت فقولان .

(قلت) وسنذكر من كلام صاحب التتمة أنه اذا اشترى الزرع بشرط القطع أن المشتري لا يملك أصوله ، وأنها للبائع ، وقياس ذلك أن تكون الشجرة أيضاً كذلك ، وأن تكون زيادتها كاختلاط المبيع بغيره ، فيجوز القولان كما اقتضاء باقى الفتاوى ، والذي قاله فى للتعليقة ، وقال ابن أبى هريرة : محمول على ما اذا باع مطلقاً ، فانه فيما لا يستخلف لا يحتاج الى شروط القطع . وتكون أصوله للمشتري .

(فائدة) هذه المسألة تنبهك على أن المشتري اذا اشترى جذة من الرطبة لا يملك منها الا الظاهر على وجه الأرض ، وقد تقدم عن الماوردى حكاية خلاف فى أن الجذة المراد بها الظاهر على الأرض أو ما جرت العادة بجذده ، وهذا الوجه لا يجتمع مع كلامهم فى هذه المسألة الا أن يكون قد عين فى فرض هذه المسألة أنه لا يملك شيئاً من الباطن .

(فسر) الزرع التى تحصد مرة واحدة اذا اشتراها بشرط القطع وتأخر القطع حتى زاد قال صاحب التتمة : فالزيادة للبائع ،

(١) الودى كغنى : صغار الفسيل من النخيل (ط) .

والحكم على ما ذكرنا . يعنى فى مسألة الرطبة واختلاطها قال :
حتى لو تسنبل تكون السنبال للبائع ، اللهم الا أن يكون اشترى الزرع
بشرط القطع وتأخر القطع حتى زاد فتكون الزوائد له لأنه ملك
أصول الزرع التى منها تحصل الزيادة ، هكذا قال صاحب التتمة
(فأما) قوله : الزيادة للبائع ، والحكم كما فى مسألة الاختلاط فهو
مخالف لما تقدم عن الامام أنها للمشتري بالاتفاق .

(وأما) قوله : حتى لو تسنبل تكون السنبال للبائع ، ففيه نظر
لأن السنبال ليست حادثة من خاص ملكه ، بل هى منها على رأيه
وجعلها للمشتري أقرب (وأما) قوله : اللهم الى آخره فهكذا وجدته
فى النسخة ، والظاهر أنه غلط (والصواب) القلع باللام ، وعلى هذا
يصح ، فانه اذا اشترى بشرط القطع من أصوله كانت الأصول ملكه ،
فكل ما حدث منه كان للمشتري ، لأنه زيادة ملكه ، والله أعلم . وقد
صرح صاحب التهذيب بأنه اذا باع القرط بشرط القلع فلم يقلع حتى
ازداد يكون ما حدث للمشتري ، لأنه ملك أصله . وقد تقدم التنبيه
على ذلك أول المسألة .

(فرع) اذا اشترى أصول البطيخ تقدم عن الامام والمتولى
وغيرهما أنه لا يجوز الا بشرط القطع . قال صاحب التتمة : أو القلع ،
وقال صاحب التتمة : الا أنه اذا اشترى أصول النبات بشرط القلع
ثم استأجر الأرض أو استعار ولم تبلغ الأصول ، فما يحدث يكون
ملكاً له ، لأنه فرع أصل مملوك . وهذا من صاحب التتمة على ما ذكره
فى الفرع المتقدم أنه اذا اشترى الزرع بشرط القطع لا يملك
أصوله . وقد تقدم عن الأصحاب أن الطريق الى ملك ما يحدث من
البطيخ أن يشتري الأصول بشرط القطع ، ويستأجر الأرض فلا يجب
عليه القلع . وهذا الذى قاله المتولى ينبى على أنه لا يفيد اشتراط
القطع . بل لابد من اشتراط القلع . وينبغى أن يكون ذلك مجزوماً به .
لأن البطيخ مما يستخلف ، والله أعلم .

ولو باع أصول النبات مطلقاً . قال المتولى : لا يدخل البطيخ الا
بالتنصيص لأنها ثمرة ظاهرة حتى ان الذى هو يرى ولم ينعقد لا
يتبع الأصول ، بخلاف الثمرة التى لم تظهر تتبع الشجرة . لأن

الشجرة أصل مقصود ، والنماء تبسح له • فجعل ما لم يظهر من النماء تبعا له • وأما هنا أصل الثبت ليس بمقصود ، وإنما المقصود الثمار ، فلا يجعل المقصود تبعا •

(فرع) قال الشافعي رضي الله تعالى عنه : ولا يجوز بيع القصيل الا على أن يقطع مكانه مما يستخلف أو لا يستخلف ، ثم قال : فان اشتراه ليقطعه فتركه بغير شرط وقطعه بمكنة ، فالبايع بالخيار في ترك القصيل أو نقض البيع ، فهذا النص ان كان المراد به ما استخلف خاصة فهو أحد الطريقين أو القولين اللذين نقلهما الأصحاب ، وان كان شاملا لما يستخلف ولما لا يستخلف ففيه موافقة لما قاله صاحب القتمة • من أن الزيادة في الزرع الذي لا يستخلف للبائع ومخالفة لما قاله الامام ، قال صاحب التهذيب : انه لو باع القصيل أو الشجر المخلف كالخلاف والقصب أو ورق الفرصاد في أول خروجه بشرط القطع في ذلك كله ، فلم يقطع حتى زاد ، ففي انفساخ البيع قولان كالقت ، قال : وعندى ان كانت المقاطع معلومة مثل أغصان الفراسيد يبين مقاطعها • فما يحدث من الأوراق فوق المقطع والقول يكون للمشتري • وفي القتب والكراث انما ينفسخ لأن ما يحدث من أصله الذي لم يبيع غير متميز عما باع • لأنه لا يعرف مقاطعها بعد الزيادة •

(فرع) في زيادات أبي عاصم العبادي : اذا اشتري ورق الفرصاد مع أغصانه فتراخي القطع حتى مضى الوقت فله القطع ، وان اشتري الورق فقط فتأخر فسد البيع في قول ، لأنه اختلط المبيع بغيره •

(فرع) ما لا يجوز بيعه الا بشرط القطع كالرطبة والقصيل والقصب والطرفاء والخشب والبردى في خرابزه ذكره ابن خيران في اللطيف •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان له شجرة تحمل حملين ، فباع أحد الحملين بمد بدو الصلاح ، وهو يعلم أنه يحدث الحمل الآخر ويختلط به ولا يتميز ، فالبيع باطل وقال الربيع : فيه قول آخر : ان البيع

يصح . ولعله أخذه من أحد القولين فيمن باع جذة من الرطبة ، فلم يأخذ حتى حدث شيء آخر ، أن البيع يصح في أحد القولين . والصحيح هو الأول ، لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه ، لأن العادة فيها الترك ، فإذا ترك اختلط به غيره ، فتعذر التسليم بخلاف الرطبة . فانه باعها بشرط القطع فلا يتعذر التسليم .

(الشرح) ضبط في الاستقصاء حملين — بفتح الحاء — قال في الاستقصاء : وقال غيره : الحمل بالفتح ما كان في بطن أو على رأس شجرة . وبالكسر ما كان على رأس أو ظهر ، وحمل الشجرة مرتين ، يقال : ان ذلك في التين والنوز والرانج والأترج تحمل حملين ، وهذه المسألة كالتمييز لما تقدم وتبين أن ما مضى من الكلام في اختلاط الثمار المبيعة انما محله فيما اذا لم يكن الاختلاط غالبا ، أو كان غالبا ولكن شرط القطع على المشتري ، فلم يتفق حتى وقع الاختلاط . أما اذا كان الاختلاط غالبا ولم يشترط القطع فالبيع باطل كما ذكره المصنف ههنا ، وهو الصحيح المشهور المنصوص في الأم ، نص عليه في باب ثمر الحائط يباع أصله .

قال الربيع هناك : وللشافعي في مثل هذا قول انه ان شاء رب الحائط أن يسلم ما زاد من الثمرة التي اختلطت بثمره المشتري صح ، قال المحاملي : وهذا ليس بمنصوص ، وانما أخذه الربيع من أحد القولين فيما اذا باع جذة من الرطبة ، فلم يجزه المشتري حتى حدثت أعيان آخر ، فان الشافعي نص في تلك المسألة على قولين ، فخرج الربيع قولاً آخر في هذه المسألة بناء على تلك ، قال المحاملي : وغلط في هذا ، والمذهب أن البيع يبطل قولاً واحداً ، والفرق أن الرطبة انما تباع على شرط القطع ، فالبيع معلوم مقدور على تسليمه ، وانما يخاف تعذر التسليم بمعنى ربما حدث ، وربما لم يحدث . فصح العقد وههنا وقع العقد على الثمرة الموجودة . والعقد يقتضى تبقيتها الى وقت الجذاذ . فاذا علم اختلاطها في تلك الحالة ، فقد وقع العقد على ما يعلم تعذر تسليمه حال استحقاق التسليم ، انتهى . وشبهوه بشراء العبد الآبق ، وقد أطبق جماهير الأصحاب على ترجيح القول بالفساد . ورد ما قاله الربيع .

قالوا : وإنما وزن مسألة الرطبة لو باع الثمرة بشرط القطع ، فلا يبطل البيع . وقد نقل الامام قول الربيع المذكور في الكتاب عن العراقيين . قال : وذكر العراقيون قولاً بعيداً أن البيع موقوف . فان سمح البائع ببذل حقه تبيننا انعقاد العقد ، وان لم يسمح تبيننا أن العقد غير منعقد في أصله . وهذا قول مزيف لا أصل له ، وهو بمثابة المصير الى وقف بيع العبد الآبق على تقدير فرض الاقتدار عليه وفاقاً ، فان طردوا هذا فهو على فساد مطرد . وما أراهم يقولون ذلك . وأراد الامام بالقول الذي نقله العراقيون ما ذكره المصنف عن الربيع . لكن ليس في كلامهم الذي رأيته أن ذلك من باب وقف العقود ، بل صرح المحاملي في حكاية هذا القول أنه يقال للبائع : اسمح بترك حقلك ، فان سمح والا فسخ العقد ، ولكن عبارة الربيع في الأم التي حكيت بعضها في صدر كلامي محتزمة لما قاله الامام ، والأولى أن يترك على ما قاله المحاملي وحينئذ لا يكون من وقف العقود ، ولا يتبين انعقاد العقد أو عدم انعقاده .

وأما الزامهم بالعبد الآبق فالفرق أن الثمرة يمكن تسليمها بتسليم الجميع ، ولا كذلك الآبق ، لكن القول المذكور ضعيف بما ذكره المحاملي والمصنف ، فان الرطبة لأجل شرط القطع يمكن تسليمها ، وهنا الإبقاء بعد بدو الصلاح مستحق ، فلا يمكن التسليم ، وكونه تسليمه بتسليم الجميع لا يكفي لأن شرط العقد القدرة على التسليم الذي لو امتنع منه أجبر عليه وهو لا يجبر على تسليم الجميع ، وقد أورد ابن الرفعة على الامام والغزالي اذ قالوا ان الاختلاف بعد التخلية لا يوجب الانفساخ أن يقولوا بالصحة هنا ، فان التسليم ممكن بالتخلية ، وللبائع إجبار المشتري عليها اذا باع مطلقاً لخروجه بذلك عن عهدة الضمان على هذا الرأي ، كما يكون ذلك في المنقول وحينئذ تساوى مسألة الرطبة ، نعم لو كان التسليم لا يمكن في حال الام مع الاختلاط لم يصح ذلك ، وذلك في جملة البئر اذا أفردت بالبيع وقتلنا : الماء يملك ، وأورد صاحب الوافي أنه اذا علم حدوث ما تختلط به الثمرة المبعة اذا تركها ، فينبغي أن يجب القطع للعدر المفضى الى ابطال البيع فيصح نقل الربيع .

(قلت) وإيجاب القطع بدون شرطه بعيد ، لأن المشتري لم يلتزمه ، ولا هو مقتضى العقد . والله أعلم .

وحقيقة الخلاف في هذه المسألة يرجع الى أن المتوقع كالواقع أو لا ؟ والجمهور على أن المتوقع كالواقع ، ولهذا منعوا الأب من نكاح جارية ابنه إذا قلنا : لو أحبلها صارت أم ولد له ، وشاهده من السنة نهيه صلى الله عليه وسلم « عن بيع الثمرة حتى ترهى » وأورد ابن الرفعة على الامام أيضا في الزامهم العراقيين طرده ذلك في العبد الآبق ، أنه أبدى في كتاب اللقيط احتمالا في جواز بيع العبد الآبق ، المنقطع الخبر مع عدم اتصال الرفاق ، وعدم اجزاء عتقه عن الكفارة ظاهر ، ثم قال : ومما يجب ذكره أنا إذا منعنا البيع فلو تبين بقضاء العبد فالظاهر عندي نفوذ البيع ، وإن كان يلتفت على الوقت ولكن إذا بان الأمر من الملك والقدرة على التسليم فظن التعذر لا يبقى أثره مع تبين خلافه ، وكان في المعاملات يضاهى صلاة الخوف مع سواد يحسبه عدوا ثم بان خلافه .

(فرع) إذا اشترى الشجرة المذكورة بعد ظهور أحد الحملين وتأبيره وهو يعلم أنه يحدث الحمل الآخر ويختلط به فأطلق الرافعي وغيره أن البيع باطل الا بشرط القطع ، وقال : انه يجيء فيه الخلاف ، يعني خلاف الربيع ، ولم يذكر أنه على طريقة ابن خيران كيف يكون الحكم ؟ وينبغي على طريقة ابن خيران في المسألة المتقدمة بالصحة الحكم ، وعلى الطريقة المثبتة للخلاف يكون كما لو باع أحد الحملين فالمشهور البطلان الا بشرط القطع ، والله أعلم .

وإذا باع شجرة واستثنى ثمرتها التي لم تؤبر فانه لا يشترط شرط القطع على الصحيح . وإذا باع شجرة وبقيت ثمرتها المؤبرة للبائع قبل بدو الصلاح لا يشترط قطعها جزما ، وإذا باع ثمرة بعد بدو الصلاح فعلم اختلاطها بغيرها قبل الجذاذ بطل العقد على أحد القولين ، ولو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة واختلطت بثمرة أخرى فكذلك على المذهب . ولو باع رطبة أو شبهها مما ذكرناه هنا لم يجز الا بشرط القطع .

ولو باع الأرض وفيها رطبة تبقى للبائع ، ويعلم اختلاطها بغيرها ،

فهو كما لو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة يعلم اختلاطها بغيرها ،
ومقتضى المذهب كما قدمته اشتراط القطع فكذا هنا ، وظهر لك
بجميع هذه المسائل أن اطلاقهم عدم اشتراط القطع فيما اذا بقيت
الثمرة للبائع قبل التأبير بالشريط ، او يعد التأبير وقيل بدو الصلاح
بالعمد ، مذهب على ما اذا لم يكن تلاحق الثمار غالبا ، اما لو كان
غالبا فمقتضى ما تقرر بطلانه ، كما اذا باع ثمرة يعلم تلاحقها بغيرها
وليس لك أن تفرق بأن الثمرة هناك مبيعة ، فتعذر تسليمها موجب
للبطالان بخلاف ما اذا بقيت للبائع ، فإنها ليست بمبيعة ، لأننا نقول :
إن هذا المعنى هو الذى لحظه ابن خيران فيما اذا باع الشجرة وعليها
ثمرة فاختلفت بغيرها ، وقد أبطله الأصحاب هناك .

ولو باع شجرة وعليها ثمرة غير مؤبرة واستثنى البائع ، اما
بشريط القطع أن شريطناه أو بدونه ، فحدث طلع آخر ، فهل يكون
حكمه ما اذا بقيت الثمرة المؤبرة للبائع وحدث طلع آخر ؟ فيجوز
فيه الوجهان في أن الطلع يكون للبائع ؟ أو للمشتري ؟ أو نقول هنا :
أن الطلع الحادث للمشتري قولا واحدا ؟ لأن الثمرة غير المؤبرة
انما بقيت بالشريط ، فلا يستتبع الطلب الحادث ، لم أر في ذلك نقلا
(فان قلنا) أن الطلع للبائع تبعا للثمرة فلا كلام (وان قلنا)
للمشتري وكان الغالب تلاحقه فهل يصح من غير شريط ، فيصير كما
لو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة ، يعلم اختلاطها بغيرها ، وقياس
المذهب فيها البطلان .

ولو اشترى شجرة القثاء والبطيخ ونحوه مع ثمرتها ، اشترط
القطع لأنه كالزراع . ثم إن لم يتفق القطع حتى خرج شيء آخر
فالأخارج والموجود كله للمشتري وهذا هو الوجه في تحصيل كل الثمرة
الموجودة وبغيرها للمشتري .

وان أراد الخلاص من مطالبته بالقطع استأجر منه الأرض سنة
أو سنتين فيحصل له منفعة تلك المدة . ولا يملك صاحب الأرض مطالبته
بالقطع ، قاله الروياني وغيره .



باب بيع المصراة والرد بالعيب (*)

قال المصنف رحمه الله تعالى

(إذا اشترى ناقة أو نساء أو بقرة مصراة ولم يملك يانها مصراة ، ثم علم انها مصراة ، فهو بالخيار بين أن يمسه وبين أن يرد ، لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تصروا الابل والغنم للبيع ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثا ، ان رضيها أمسكها ، وان سخطها ردها وصاعا من تمر » وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام ، فان ردها رد معها مثل - أو مثلى - لبنها قمحا ») .

(الشرح) حديث أبي هريرة متفق عليه ، رواه الأئمة مالك في الموطأ والشافعي رضي الله عنه والبخاري ومسلم في صحيحيهما وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه ، وليس في شيء من ألفاظهم ولا في غيرها مما وقفت عليه من كتب الحديث اللفظ الذي أورده المصنف هكذا ، وهذا الحديث رواه عن أبي هريرة جماعة ، منهم عبد الرحمن الأعرج المشهور بصحته ، ولفظه « لا تصروا الابل والغنم ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان رضيها أمسكها ، وان سخطها ردها وصاعا من تمر » رواه البخاري ومسلم وأبو داود ، وليس فيه : « بعد أن يحلبها ثلاثا » . وكذلك رواه الشافعي وفيها زيادة : « لا تصروا الابل والغنم للبيع » كذلك رواه المزني عنه . وقيل : ان المزني انفرد بهذه الزيادة عن الشافعي رحمه الله تعالى .

وأما الربيع فإنه روى عنه كما روى الجماعة بدون هذه الزيادة . ومن الرواة له عن أبي هريرة رضي الله عنه أبو بكر محمد بن سيرين ، ولفظه « من اشترى نساء مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام ، فان ردها رد معها صاعا من التمر لا سفراء » وفي رواية من طريقه « من اشترى

(*) هذا الباب هو أول الجزء الثاني عشر من شي و ق وهو آخر ما كتبه الامام السبكي محاولا تكملة المجموع .

مصراة فهو بخير النظرين ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا
من تمر لا سمراء» (١) رواهما مسلم وأبو داود .

وروى الترمذى والنسائى وابن ماجه بعض ذلك . وروى أبو صالح
عن أبي هريرة ولفظه « من ابتاع ثاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلثته
أيام ، ان شاء أمسكها ، وان شاء ردها ورد معها صاعا من تمر »
رواه مسلم ، قال البخارى : قال بعضهم عن ابن سيرين : صاعا من
طعام . وهو بالخيار ثلاثا . وقال بعضهم عن ابن سيرين : صاعا من
تمر . ولم يذكر ثلاثا والتمر أكثر . اه كلام البخارى . ورواه عن
أبي هريرة موسى بن يسار ولفظه « من اشترى ثاة مصراة فليقلب
بها فليقلبها ، فان رضى حلابها أمسكها والا ردها ، ورد معها صاعا
من تمر » رواه مسلم . ورواه عن أبي هريرة أبو صالح ولفظه « من
ابتاع ثاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام ، ان شاء أمسكها ، وان شاء
ردها ورد معها صاعا من تمر » رواه مسلم .

وفى لفظ من رواية ابن سيرين « من اشترى من الغنم فهو
بالخيار » رواه مسلم ، ورواه عن أبي هريرة همام بن منبه ولفظه « اذا
ما أحدكم اشترى نعجة مصراة — أو ثاة مصراة — فهو بخير النظرين
بعد أن يقلبها ، اما هى والا فليردها وصاعا من تمر » رواه مسلم .
قال بعضهم : وهو دليل على الرد بغير أرش . ورواه عن أبي هريرة
ثابت مولى عبد الرحمن بن زيد ، ولفظه « من اشترى غنما مصراة
فاحتلبها ، فان رضىها أمسكها وان سخطها ففى حليتها صاع من تمر »
رواه البخارى وأبو داود . وقال بعضهم : وهو دليل على أن صاع
التمر فى مقابلة اللبن وأنه أخذ قسطا من الثمن .

ورواه عن أبي هريرة الشعبى ولفظه « من اشترى منكم محفلة
فكرهها فليردها وليرد معها صاعا من طعام » رواه ابن الجارود . وفى
لفظ من رواية ابن سيرين « من اشترى نعجة مصراة — أو ثاة مصراة —
فحلبها فهو بأحد النظرين بالخيار ان شاء ردها واناء من طعام » رواه
البيهقى عن أبي عبد الله الحاكم بسند صحيح ، وكل هذه الألفاظ

(١) قال الترمذى ، ومعنى قوله « سمراء » أى لا بر .

هرقوة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فهذه روايات أبي هريرة ليس في شيء منها اللفظ الذي ذكره المصنف بتمامه ، بل طريق الأعرج جمعت بين النهي عن التصرية وبيان حكمها من غير ذكر الثلاث .

وطريق ابن سيرين وأبي صالح فيها ذكر الثلاث ، وهي مقتصرة على بيان الحكم والظاهر أنهما حديثان وليسا حديثا واحدا حتى يمكن أن تضاف هذه الزيادة إلى الرواية الأولى ، بل والمعنى أيضا مختلف لأن رواية ابن سيرين وأبي صالح اللتين فيها ذكر الثلاث (فالأول) يقتضي إثبات الخيار ثلاثا من غير بيان ابتدائه (والثاني) يقتضي إثبات الخيار من غير بيان مدته ، فالجمع بينهما كما في الحجاب يقتضي التصريح بحكم لم يصرح به في شيء من الروایتين ، وهو أن يكون الخيار بعد الحجب ثلاثا . فالثلاث إما راجعة للخيار فيقتضي أنه بعد حجبها ثلاثا يثبت الخيار وكل واحد من الأمرين لم يدل عليه شيء من الروايات صريحا ، وأما الثاني فلم يدل عليه أصلا لا صريحا ولا ظاهرا ، ومن ذكر الحديث كما ذكره المصنف سواء ، العبدري في الكفاية والرافعي في التهذيب وقالوا : رواه البخاري ومسلم وينبغي أن يكون مرادهما أصل الحديث ، لا ذلك اللفظ ، ومن ذكره كذلك أيضا انشيخ أبو حامد في تعليقه ، وذكر أنه حديث مختصر المزني ، والمصنف تبع الشيخ أباه حامد في ذلك ، والموجود في مختصر المزني ليس فيه هذه اللفظة ، ولم يذكرها القاضي أبو الطيب في تعليقه أيضا ، وإنما ذكر على الصواب ، وذكره ابن أبي هريرة في تعليقه بلفظ قريب مما ذكره المصنف فيه الخيار ثلاثا ، وليس فيه : بعد أن يحجبها ، وهو مصدر بالنهي كما ذكره المصنف وهو في الغرابة كاللفظ الذي أورده المصنف ، وذكره أيضا جماعة من الأصحاب منهم الغزالي كما ذكره المصنف .

وأصل الحديث ثابت متفق عليه بالألفاظ المتقدمة على ما تبين ، أجمع أهل العلم بالحديث على صحته وثبوته من حديث أبي هريرة ، رواه عنه الأعرج ومحمد بن سيرين وأبو صالح السمان وهمام ابن منبه وثابت مولى عبد الرحمن وقد تقدمت روايتهم ، ومحمد ابن زياد ورواياته في جامع الترمذي بقريب من الألفاظ المتقدمة وموسى بن يسار ، وقد تقدم ومجاهد وأبو اسحاق ويزيد بن عبد الرحمن ابن أذينة وغيرهم ، وزواه عن هؤلاء وعن بعدهم خلائق لا يحصون ،

حتى ادعى بعضهم أنه صار الى التواتر ، وقال ابن عبد البر : حديث المصراة ثابت صحيح لا يدفعه أحد من أهل العلم بالحديث •

وأما حديث ابن عمر فرواه أبو داود وابن ماجه باللفظ الذي ذكره المصنف قال الخطابي : وليس اسناده بذلك ، قال الحافظ المنذرى : والأمر كما قال : فان جميع بن عمير ، قال ابن نمير : من أكذب الناس ، وقال ابن حبان : كان رافضيا يضع الحديث (قلت) وجميع هو الذي رواه عن ابن عمر وهذا الكلام عن ابن نمير وابن حبان من أشد ما قيل فيه وقد قال ابن أبي حاتم : سألت أبي عنه فقال : من عتق الشيعة ومحلله الصدق صادق الحديث كوفي تابعي •

وقال البخارى فى التاريخ الكبير : فيه نظر ، وقال البيهقى فى المعرفة لما ذكر هذا الحديث : هذه الرواية غير قوية ، وقال فى كتاب السنن الكبير : تفرد به جميع بن عمير وذكر عبد الحق هذا الحديث فى الأحكام ولم يتعرض لحال جميع بن عمير هذا ، وانما بصدقة ابن سعيد الراوى عن جميع ، فانه أيضا ليس بالقوى ، فهذا ما يتعلق بالحديثين اللذين فى الكتاب •

وقد روى حديث المصراة عن ابن عمر أيضا بما يوافق رواية أبى هريرة رواه الدارقطنى من حديث ليث عن مجاهد عن ابن عمر وأبى هريرة رفعا الحديث « لا يبيع حاضر لباد ، ولا تلقوا السلم بأفواه الطرق ، ولا تناجشوا ولا يسم الرجل على سوم أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه ، حتى ينكح أو يرد ، ولا تسبل المرأة طلاق أختها لتكتفى ما فى صحبتها (١) » ، فانما لها ما كتب لها ولا تبيعوا المصراة من الابل والغنم ، فمن اشترها فهو بالخيار ان شاء ردها وصاعا من تمر ، والرهن مركوب ومطلوب » وليث المذكور فى سنده هو ليث بن أبى سليم ، ولا تقوم به حجة عند أكثر أهل العلم بالحديث • وروى الدارقطنى من حديث كثير بن عبد الله عن أبيه عن جده ، وهو عمرو بن عوف المزنى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

(١) الصفحة اثناء كالتقصعة والجمع صحاف مثل كلبة وكلاب ، وقال الزمخشري قصبة مستطيلة •

« لا جلب ولا جنب ولا اعراض ، ولا يبيع حاضر لباد ولا تصروا الابل والغنم ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو اذا حلبها بخير النظرين ان رضىها أمسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر » وكثير بن عبد الله هذا ضعيف جدا .

قال الشافعى رحمه الله فيه : ركن من أركان الكذب . وقال ابن حبان : له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة . قال الدارقطنى عقب هذا الحديث : تابعه عاصم بن عبد الله عن سالم عن ابن عمر فى المصراة . وروى البيهقى رحمه الله فى السنن الكبير بسند جيد عن عبد الرحمن بن أبى لىلى التابعى الكبير الثقة المشهور عن رجل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن أن تتلقى الأجلاب وأن يبيع حاضر لباد ومن اشترى مصراة فهو بخير النظرين ، فان حلبها ورضيها أمسكها ، وان ردها رد معها صاعا من طعام — أو صاعا من تمر » قال البيهقى : يحتمل أن يكون هذا ثكما من بعض الرواة فقال : صاعا من هذا أو من ذاك لا أنه على وجه التخيير ليكون موافقا للأحاديث الثابتة فى هذا الباب .

وروى البيهقى رحمه الله أيضا من حديث اسماعيل بن مسلم عن الحسن بن أنس بن مالك رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من اشترى شاة محفلة فان لصاحبها أن يحتلبها ، فان رضىها فليمسكها والا فليردها وصاعا من تمر » اسماعيل بن مسلم متروك . وروى أبو بكر الاسماعيلى رضى الله عنه فى كتابه الصحيح المستخرج على صحيح البخارى رحمه الله عن حديث سليمان التيمى عن عبد الله ، وهو ابن مسعود رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من اشترى شاة محفلة فردها فليرد معها صاعا » رواه من حديث أبى خلف العمى لكنه اختلف فى وقفه ورفعته ، فرواه البخارى فى الصحيح موقوفا من قول ابن مسعود رضى الله عنه ، وكذلك رواه الشافعى فى الأم فى أحكام على وابن مسعود رواه عن هشام . هكذا رأيت فى الأم .

وقال ابن الأثير فيما بلغه عن هشام : وقال الاسماعيلى ان أبا خالد رفعه وان ابن مبارك ويحيى بن سعيد وابن أبى عدى ويزيد

ابن زريع وهشاما وجريرا وغيرهم رواه موقوفا على ابن مسعود .
ورواه البرقاني موقوفا على شرط البخاري . وزاد « من تمر ماله »
والاسناد والحكم على طريقة المحدثين شرط في مثل هذا الموضع
للقوف وتقديمه على رواية الرفع .

أما على طريقة الفقهاء فينبغي الحكم للرفع ، وإن أبا خالد وهو
سليمان بن حبان الأحمر ، لأنه احتج به الشيطان ، ومن رفع معه
زيادة على من وقف ، والمخالف في هذه المسألة يحكم بصحة مثل ذلك .

فقد تلخصت روايات حديث المصراة من طريق أبي هريرة وابن عمر
وعمر بن عوف المزني جد كثير بن عبد الله رضى الله عنهم ورجل من
أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وأنس بن مالك وابن مسعود
رضي الله عنهم (وأصحها) رواية أبي هريرة رضى الله عنه ورواية رجل من
الصحابة سندها جيد . ورواية ابن مسعود على طريقة المحدثين
ضعيفة في رفعها ويجب على طريقة كثير من الفقهاء التمسك بها
وترجيح الحكم بالرفوع ولا أرى التمسك بمثل هذا المصنف في مثل
هذا الموضع مع قوة الظن بالوقف لرجحان رواته كثرة وجلالة .

نعم ذكر الماوردي أن الشافعي رواه عن يحيى بن سعيد عن
التيمي ولم أقف عليه في كلام الشافعي ، فإن صح ذلك وكان الرفع
فيه محققا تعين الحكم بصحته ، وقد ذكر الاسماعيلي عن يحيى بن سعيد
أنه ممن رواه موقوفا ، فإن صح ما ذكره الماوردي فيكون عنه روايتان ،
والله أعلم .

(أما اللغة) فقله صلى الله عليه وسلم : « لا تصروا » فهو بضم
التاء المثناة من فوق وفتح الصاد وبعد الراء المشددة واو ، وفتح
لام الابل على مثال تركوا .

قال القاضي عياض : كذا صحيح الرواية من صرى إذا جمع مثقل
ومخفف ، وهو تفسير مالك له ، والكافة^(١) من أهل اللغة والفقهاء
وبعض الرواة تحذف واو الجمع وتضم لام الابل على ما لم يسبم فاعله ،

(١) سبق أن نبه الامام النووي على خطأ تعريف كافة في المجموع وفي
تهذيب الاسماء واللغات فقال : أهل اللغة والفقهاء كافة (ط) .

وبعضهم يقول يصروا — بفتح الياء وضم الصاد واثبات واو الجمع ونصب لام الابل — وخطأ القاضي هذين الوجهين وقال انهما لا يصحان الا على تفسير من فسر بالربط والشد من صر يصر . وقال فيه المضرورة ، وهو تفسير الشافعي لهذه اللفظة كأنه يحبس بهرب أخلافها وشدّها لذلك وخطأ ابن عبد البر الوجه الأخير وجعله وهما ، محتجا بأنه لو كان كذلك لكانت مضرورة . قال : وهذا لا يجوز عندهم . ولم يذكر ابن عبد البر الوجه الثاني ، وهو مثل الوجه الأخير ، وقيده الفارقي تلميذ المصنف بالوجه الثاني وابن معن شارح المذهب بالوجه الثالث ، وكلاهما خطأ ، والفارقي أقل عذرا لأن الواو ثابتة في جميع ما وقفت عليه من كتب الحديث ونسخ المذهب .

قال الخطابي : اختلف أهل العلم واللغة في المصرة . ومن أين أخذت واشتقت ؟ (فقال) الشافعي رضى الله عنه : التصرية أن تربط أخلاف الناقة والشاة وتترك من الحلب اليومين والثلاثة حتى يجتمع لها لبن فيراه مشتريها كثيرا فيزيد في ثمنها ، فإذا تركت بعد تلك الحلبة حلبة أو اثنتين عرف أن ذلك ليس بلبنها .

قال أبو عبيد : المصرة الناقة أو البقرة أو الشاة التي قد صرى اللبن في ضرعها يغنى حقن فيه أياما فلم يحلب ، وأصل التصرية حبس الماء وجمعه ، يقال منه صريت الماء ، ويقال انما سميت المصرة لأنها مياه اجتمعت . قال أبو عبيد : ولو كان من الربط لكان مضرورة أو مصرة . قال الخطابي : كأنه يريد به الرد على الشافعي قال الخطابي : قول أبي عبيد حسن . وقول الشافعي صحيح . والعرب تصر ضرع الحلوبات اذا أرسلتها تسرح ويسمون ذلك الربط صارا فإذا راحت حلت تلك الأصرة وحلبت ، واستدل لصحة قول الشافعي بقول العرب « العبد لا يحسن الكر والفر وإنما يحسن الحلب والصر » ويقول متعم بن تويرة ؟

فقلت لقومي (١) هذه صدقاتكم مصرة أخلافها لم تجدد

(١) ومنها :

وَقُلْتُ خَذُوا أَمْوَالَكُمْ غَيْرَ خَائِفٍ وَلَا نَظَرَ قِيمًا يَجِيءُ مِنَ الْقِسْدِ
فَإِنْ قَامَ بِالْأَمْرِ الْخَوْفُ قَاتِمٌ مَعْنًا وَقُلْنَا : الدِّينُ دِينُ مُحَمَّدٍ
مِنْ كِتَابِنَا « خَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ قِيَادَةٌ وَدَعْوَةٌ » .

قال : ويحتمل أن أصل المصرة مصررة ، أبدلت إحدى الراءين ياء ، وقال الأزهرى فى كلامه على مختصر المزنى : جائز أن تكون سميت مصرة من صر أخلافها كما قال الشافعى رحمه الله ، وجائز أن تكون سميت مصرة من الصرى ، وهو الجمع ، يقال : صريت الماء فى الحوض إذا جمعته ، ويقال كذلك : الماء صرى ، وقال عبيد :

يا رب ماء صرى وردته سبيله خائف حدث

ومن جعله من الصر قال : كانت المصرة فى الأصل مصررة فاجتمعت ثلاث راءات فقلبت أحداها ياء كما قالوا : « تظننت من المظن » وكما قال العجاج :

✽ يمشى الباز إذا البازى كسر ✽

هذا كلام الأزهرى رحمه الله ، وكلام الشافعى رحمه الله المذكور هو فى مختصر المزنى ، وقال النووى رحمه الله : وفى صحيح مسلم عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش والتصرية » قال : وهذا يدل لرواية الجمهور يعنى للضبط فى الرواية كما تقدم (وأما) الاشتقاق والمعنى المختلف فيه بين الشافعى وغيره فليس فيه تعرض له ، لأنه يصح ذلك مع إبدال الراء ياء ، على أنه ليس فى كلام الشافعى رحمه الله تصريح بأن ذلك مأخوذ من الصر ، وإنما مقصوده ومدلول كلامه أنه فسر التصرية بالأمور المذكورة فى كلامه من الربط والترك من الحلب حتى يجتمع اللبن والشك أن ذلك فيه معنى الربط والجمع معاً ، فيحتمل أن تكون التسمية بذلك لأجل الجمع ، وذكر الربط لأنه المعتاد عند العرب على ما تقدم من كلام الخطابى ، ولأنه سبب فى احتباس اللبن .

وإذا كان كذلك فليس فى كلام الشافعى مخالفة لغيره الا زيادة تبين ما كانت العرب تفعله من ربط أخلاف الناقة والشاة ، ويحتمل أن يكون تسميتها بذلك لما اشتملت عليه من الصر والربط ، وحينئذ تتحقق المخالفة ، فالأقرب أن الشافعى إنما أراد المعنى الأول ، وقد قال أبو حاتم السجستاني : الشافعى أعلم باللغة منا ، نقله عنه الثعلبى فى تفسير سورة النساء .

ورويانا عن عبد الملك بن هشام قال : قول الشافعى حجة فى اللغة ،
قال الربيع : وكان ابن هشام بمصر كالأصمعى بالعراق ، وقال أبو عبيد :
الشافعى ممن يؤخذ عنه اللغة — أو من أهل اللغة — الشك من
ابن أبى حاتم •

وقال المازنى : الشافعى عندنا حجة فى النحو ، وقال أبو الوليد
ابن الجارود : ان الشافعى لغة جيدة يحتج بها كما يحتج بالبطن من
العرب ، وقال ثعلب : ان الشافعى رحمه الله من بيت اللغة يجب أن
يؤخذ عنه ، وقال أيوب بن سويد : خذوا عن الشافعى اللغة ، وقال
ثعلب أيضا : انما يؤخذ الشافعى باللغة لأنه من أهلها ، وانما ذكرت
هذه الأقوال كلها ليتبين قدر الشافعى عند أئمة اللغة وقد وقع
فى كلامه رحمه الله أن التصرية أن يربط أخلاف الناقة والشاة ، وأخلاف
جمع خلف — بكسر الخاء المعجمة وسكون اللام — قال ابن قتيبة :
الخلف لكل ذات خف ، والطفى للسباع وذوات الحافر وجمعه أطياء ،
والضرع لكل ذات ظلف ، قال : وقد يجعل الضرع أيضا لذوات الخف •
والخف لذوات الظلف ، والثدى للمرأة •

(قلت) فاطلاق الشافعى أخلاف الناقة والشاة ، اما أن يكون
على هذا القول واما أن يكون من باب التغليب غلبنا الناقة على الشاة ،
والله أعلم ، وفى التصرية لغة التصوية بدل الرء واو ، قال الهروى :
التصوية والتصرية واحد • وهو أن تصرى الشاة أى تجفل ، قال
يوسف بن اسماعيل بن عبد الجبار بن أبى الحجاج المقدسى فيما علقه
من كتاب التنبيه على تصحيح أبى عبيد الهروى فى كتاب الغريبين
تخريج ابن تاصر : قال الحافظ : هكذا رأيت فى عدة نسخ : يصر الشاة
بغير ياء ، والصواب أن يصرى باثبات الياء بعد الرء من حديث
الناقة •

(فأما) قوله : أن يصر فمعناه أن يشدد ، وذلك يجوز ، ولم
ينه عنه النبى صلى الله عليه وسلم (قلت) ولم أره فى الغريبين إلا بالراء
والياء كما نقلته ، فلعل النسخ التى وقعت لابن ناصر كانت مصحفة ،
ولو كان الأمر على ما وقع له من النسخ لكان ذلك قريبا من المعنى
المسبوب للشافعى ، وقد تقدم الكلام فيه •

وما اعترض به من أن النهي لم يرد عن الصر ، فجوابه أن المراد أن يكون ذلك لأجل البيع على وجه الغش والخديعة ، كما دلت عليه رواية المزني المتقدمة وكلا الأمرين الصر والتصريه حرام اذا قصد به ذلك ، وجائز اذا لم يقصد به ، ولم يترتب عليه خديعة ولا ضرر بالحيوان ، لكن الحكم المذكور من الرد وثبوت الخيار انما يكون في حالة يحصل فيها اجتماع اللبن لا في الصر المجرد لفهم المعنى ، والله أعلم .

واللقحة — بكسر اللام وفتحها — والكسر أفصح ، وجمعها لقح مثل قربة وقرب وهي الناقة القريبة العهد بالولادة نحو شهرين أو ثلاثة ، والمحفلة هي التي حفل اللبن في ضرعها وهي المصرة (وقوله) بخير النظيرين هو امساك المبيع أو يرده أيهما كان خيرا له فعلة (والحلاب) هو الاناء يملؤه قدر حلبه ناقة ، ويقال له الحلب أيضا ، وبعضهم يطلق فيقول : الحلاب الاناء الذي يحلب فيه الألبان ويطلق على المحلوب وهو اللبن كالحراف لما يحترف .

وقال أبو عبيدة : انما يقال في اللبن الاحلابة والمشهور عند العلماء أن المراد بالحلاب في الحديث وكذلك الحلبة في بعض روايات الحديث اللبن نفسه ، ومن الظاهرية من امتنع من ذلك ، ورأوا أن هذا من المجاز الذي لم يدل نص على ارادته ، وسيقع الكلام في ذلك ان شاء الله تعالى في الفصل الثاني عند قول المصنف : بدل اللبن التمر والحنطة والطعام في بعض روايات الحديث .

وان كان مطلقا فالمراد به التمر ، واستدلوا على ذلك بأمرين (أحدهما) أنه كان الغالب على أطعمتهم (والثاني) لأن معظم روايات الأحاديث انما جاءت « وصاعا من تمر » ويحتمل وجها ثالثا من الاستدلال ، وهو حمل المطلق على المقيد وليس من شرط ذلك أن يكون هو الغالب ولا أن يترجح روايته ، هذا ما في حديث الكتاب وطريقة من اللغة ، وتبويب المصنف المقصود به ذكر الأسباب المثبتة لخيار النقيصة ، وهو ما ثبتت بفوات أمر مظنون ينشأ فيه من تقرير فعلى كالتصريه ، أو تص عرفي كالعييب فان العرف يقتضي السلامة أو التزام شرطى كشرط الكتابة ونحوه اذا خرج بخلافه .

وقد ضمن المصنف هذا الباب هذه الأقسام الثلاثة على هذا الترتيب ، وقدم التصرية لأنها المنصوص عليها ، وذكر الرد بالعيب بعد ذلك ، وقاسه عليها ، كما سيأتى فى كلامه ، وقد أورد فيه حديثا نصا سنذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى ثم ذكر بعده خيار الخلف الذى يثبت بفوات الالتزام الشرطى وجعل مؤخرا عن الرد بالعيب (اما) لأنه ورد فيه حديث أيضا أعنى الرد بالعيب ، واما لأن الرد بالعيب أكثر وقوعا ، وان كانا جميعا ثبتا بالقياس على التصرية كما اقتضاه كلام المصنف ، ولولا التصرية ورد فيها النص لكان يقتضى أن يقدم الالتزام الشرطى عليهما • لأن الملتزم بالشرط أوكد من حيث المعنى من الملتزم بالعرف أو بقريئة الحال ولذلك قال الغزالى : ان الالتزام الشرطى هو الأصل وما عداه ملحق به ، يشير الى هذا المعنى ، فكان ذلك كنص فى فرع ليس فيه الا أصل واحد ، فانه يتبين بذلك حكم ذلك الأصل ، ويصح أن يقال : ان حكم الفرع مأخوذ من ذلك الأصل وان كان منصوصا ، وهذا المعنى ذكره القاضى حسين فى نص الشافعى على فرع يكون بهذه الصفة •

(وأما) اقتصار المصنف فى الترجمة على المصراة والرد بالعيب وسكوته على خيار الخلف ، وان كان الخلف ليس بعيب ، ولكنه فوات فضيلة فلاجل استوائها فى النقص فيه بأحدهما على الآخر ، ولأن التصرية والرد بالعيب فرعان لأصل بالمعنى الذى لفظه الغزالى كما تقدم ، فذكرهما فى الترجمة منبه على أصلهما بطريق أولى ، ووضع المصنف هذا الباب لأنه فرع من الأبواب المتضمنة شروط العقد مطلقا فى باب ما يجوز بيعه وشروطه فى الربويات وبيع الثمار أخذ فى أسباب الفسخ واستدراك ما يقع فى البيع من العيب بالفسخ أو بالأرش ، وقول المصنف « أو بقرة » ليتبين أن الحكم غير مقصور على الابل والغنم اللذين ضمنهما الحديث الذى ذكره ، بل هو شامل اما بالقياس اذا اقتصر على الحديث الذى أورده المصنف ، وذلك من باب الأولى ، لأن لبن البقر أغزر وأكثر بيعا من لبن الابل واما بالنص ، فان فى الروايات الصحيحة التى تقدمت « من اشترى مصراة » •

وقال بعض شارحى التنبية : ان ذلك للرد على الظاهريين الذين

خصوصاً الحكم بالمنصوص عليه من الابل والغنم ، وهذا الذى نقله عن
الظاهرين نقله القاضى أبو الطيب وغيره من أصحابنا عن داود ،
فصرح ابن المغلس وابن حزم الظاهريان بأن شمول الحكم تصكاً
بالنص العام وهو قوله « من اشترى مصراً » ولم يحكما فى ذلك
خلافاً ، وهو اللائق بمذهبهم أخذاً بعموم الخبر ، ولا يجب تقييد
أحد الخبرين بالآخر ، لأن ذلك انما يكون فى المطلق ، والخير هنا
عام لصيغة « من » .

لكن يعرض هنا بحثان (أحدهما) أن هذا الخبر الذى فيه
« من اشترى مصراً » من رواية ابن سيرين عن أبى هريرة كما تقدم ،
وقد تقدم من روايته أيضاً « من اشترى ثاة مصراً » ، وهذه
الرواية فيها زيادة ليست فى الأولى ، وزيادة العدل مقبولة ، فيجب
العمل بها وعدم القول بالعموم ، فإن الحديث واحد ومخرجه واحد ،
ووجه ادراك الصواب فى هذا البحث أنا نظرنا الرواية العامة المذكورة
التي ليست فيها الزيادة وهى قوله « من اشترى مصراً » فوجدناها
من رواية سفيان بن عيينة عن أيوب عن ابن سيرين . وذلك فى مسلم ،
ومن رواية هشام بن حسان عن ابن سيرين ، وذلك فى ابن ماجه
بسند صحيح ، ومن رواية قره بن خالد عن ابن سيرين ، وذلك فى
الترمذى بسند صحيح ، وعن رواية محمد بن زياد عن أبى هريرة
وذلك فى الترمذى بسند صحيح ، ومن رواية موسى بن يسار عن
أبى هريرة ، وذلك فى النسائى .

ونظرنا الزيادة فوجدناها من طرق (منها) عبد الوهاب عن أيوب ،
وفيهما « من اشترى من الغنم » وهذا اختلاف عن أيوب عن سفيان
وعبد الوهاب ، والراوى عنهما شخص واحد ، وهو العدنى (ومنها)
قره بن ابن سيرين وفيها « من اشترى ثاة مصراً » وهذا اختلاف
عن قره أيضاً وكذلك موسى بن يسار واختلف عنه أيضاً ، واختلف
أيضاً عن هشام بن حسان وكلا السندين اليه على شرط الصحيح ،
فلما رأينا هذه الروايات والاختلاف نظرنا ما يقتضيه النظر فى
ذلك فقلنا : جميع أصحاب أبى هريرة الذين ذكرناهم هنا اختلف
عنهم فى ذلك الا محمد بن زياد والشعبى فإنه لم يختلف منهما فيما

علمنا ، ولم يرد عنهما إلا الصيغة العامة ، وألا ثابت مولى عبد الرحمن فلم يرد عنه إلا الطريق المثبتة الزيادة وهي قوله « من اشترى غنما حصرة » فقد يقال : ان كل واحد من التسمي ومحمد بن زياد اجل من ثابت مولى عبد الرحمن ، وسفيان بن عيينه عن ايوب عن ابن سيرين اجل واحفظ واتقن من خالفه ، فتقدم روايه العموم لذلك •

وقد يقال : ان جانب الزيادة هنا ورد من طرق صحيحة ، واحتمال النقص في روايه المتيقن اولى من احتمال الخط والوهم بالزيادة في حق الثقة ، والذي أقوله ان الحكم بالخطأ على راوى الزيادة هنا بعيد ، فالأقرب أن تجعل الروايتان ثابتتين ، ولعل النبي صلى الله عليه وسلم تكلم بهما مرتين فرواهما أبو هريرة كذلك ويكون ذكر الغنم في احدي الروايتين على سبيل المثال ولو كان الحكم مقصورا عليه لما ذكر في الابل ، وقد صح في الابل من حديث الأعرج عن أبي هريرة •

(والبحث الثاني) اذا ثبتت الروايتان عن كلام النبي صلى الله عليه وسلم فمفهوم الرواية التي فيها التقييد لم لا يخص به عموم الرواية الأخرى كما مثله في قوله « اذا أفضى أحدكم بيده الى فرجه » مع قوله « من مس فرجه » حيث خصوا عموم الثاني بمفهوم الأول ، فلا ينتقض بغير الاقضاء الذي هو المس بباطن الكف • وذلك هنا (اما) من مفهوم الشرط لقوله « من اشترى » (واما) من مفهوم الصفة لقوله « من اشترى من الغنم » وكلا المفهومين حجة عند كثير من العلماء (منهم) الشافعي والمفهوم يخص به العموم كما قلنا في المس •

(والجواب) عن هذا أن جانب المفهوم هنا ضعف بثبوت الحكم المذكور في الابل صريحا بحديث الأعرج عن أبي هريرة ، ويفهم المعنى من ذلك بخلاف الأحاديث ، فان مبناها على التعبد ، فهذان الأمران أضعفا اعتبار المفهوم من قوله « من اشترى شاة » وقوله « من اشترى من الغنم » والثاني وحده يضعف اعتبار المفهوم من قوله « اذا اشترى أحدكم نعجة أو شاة » وأما الظاهرية فانهم غير قائلين بالمفهوم ، فلا يرد عليهم ، ويحتجون بالعموم لثبوته على ما تقدم ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

وقول المصنف « ولم يعلم أنها مصراة » شرط لايد منه على اسح الوجهين عند الجمهور . منهم القاضي أبو الطيب ، وفيه قول اخر مشهور في المذهب ان الخيار يثبت وان كان المشتري عالما بالتصرية حين العقد ، ويعبر عن الوجهين بأن هذا الخيار هل هو خيار عيب او خيار ثابت بالشرع ؟ وبناهما الرافعي وغيره على ان الخيار هل يمتد ثلاثة أيام او يكون على الفور ؟ (فان قلنا) بالاول ثبت مع العلم ، والا فلا ، وسيأتى الوجهان في كونه على الفور او الى ثلاثة ايام في كلام المصنف ان شاء الله تعالى (والصحيح) عند الرافعي ومن وافقه ان ذلك على الفور ، فالبناء حينئذ متجه .

(والمختار) أن يمتد ثلاثة أيام كما سيأتى ان شاء الله تعالى تقريره ، والجمهور هنا أن متى علم المشتري بالتصرية حالة العقد لا يثبت الخيار ، وان ذلك خيار ثبت لأجل النقص . ومن العجب أن الظاهرية لم يثبتوا الخيار هنا في حالة العلم ، ويحتاجون الى دليل في ذلك بأن اللفظ متأول ، وما ادعينا نحن من ظهور المعنى وفهمه هم لا يعتبرونه .

وقوله « فهو بالخيار .. الخ » هذا هو الحكم المقصود من هذا الفصل ، ومن قال به من الصحابة عبد الله بن مسعود وأبو هريرة من فتياه ، صح ذلك عنهما ولا مخالف لهما من الصحابة ، ونقل العبدري القول به أيضا عن ابن عباس وابن عمر وأنس . ومن قال به من الفقهاء بعدهم الشافعي ومالك والليث وابن أبي ليلى وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود وأبو يوسف وزفر ومسلم بن خالد الزنجي وأبو عبيد وجمهور أهل الحديث .

(واتفق) جميع أصحابنا على ذلك تبعا لامامهم ، وخالف في ذلك أبو حنيفة ومحمد ، ورويت رواية غريبة بذلك عن مالك ، ذكر المعتبى من سماع أشهب عن مالك أنه سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من ابتاع مصراة فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر » فقال سمعت ذلك وليس بالثابت ولا الموطأ عليه ، ولئن لم يكن ذلك أن له اللبن بما علف وضمن (قيل) له : نراك تضعف الحديث (فقال) كل شيء يوضع موضعه وليس بالموطأ ولا الثابت وقد سمعته . قال ابن عبيد البر :

هذه رواية الله أعلم بصحتها عن مالك وما رواها عنه إلا ثقة ، ولكنه عندي
اختلاف من رأيه .

(قلت) وإن صحت هذه الرواية عن مالك فينبغي أن يؤول قوله
« ليس بالثابت » على الحكم لا على الحديث ، فإنه صحيح عنده
بلا اشكال ، وقد أودعه الموطأ المشهور عنه خلاف هذه الرواية ،
فالقول بمقتضى الحديث .

وقال ابن القاسم : قلت لمالك : أتأخذ بهذا الحديث ؟ قال :
نعم ، قال مالك : أو لأحد في هذا الحديث رأى ؟ قال ابن القاسم :
وأنا أخذته ، إلا أن مالكا قال لى : أرى لأهل البلدان إذا أنزل بهم هذا
أن يعطوا الصاع من عيشهم (قال) وأهل مصر عيشهم الحنطة وقال
ابن عبد البر في التمهيد : أن الصحيح عن مالك ما رواه ابن القاسم ،
وإن رواية أشهب منكورة . والله أعلم أما الاستدلال فدليلنا في المسألة
الأخبار المتقدمة وهى صريحة فى المقصود ، والمعنى فى ذلك صحيح
مستقيم غير خارج عن الأصول ، على ما سنبين فى أجوبة المخالفين
إن شاء الله تعالى .

ومن القياس على ما لو باع طاحونة حبس ماؤها زمانا ثم أرسله
حالة البيع فظن المشتري أنه أبدا كذلك ، ثم علم ، فانا أجمعنا على
ثبوت الخيار .

واعتمد المخالفون فى الاعتذار عن الحديث أمورا ضعيفة ترجع
الى طريقتين طريقة الرد وطريقة التأويل ، الأول أن هذا خبر واحد مخالف
لقياس من الأصول المعلومة ، وما كان كذلك لم يلزم العمل به ، أما
كونه مخالفا لقياس الأصول المعلومة فمن وجوه :

(أحدها) أنه أوجب غرم اللبن مع امكان رده .

(وثانيها) أنه أوجب غرم قيمته مع وجود مثله .

(وثالثها) أنه جعل القيمة تمرا ، وهى انما تكون ذهابا أو ورقا .

(ورابعها) أنه جعلها مقدره لا تزيد بزيادة اللبن ولا تنقص
بنقصانه ، ومن حكم الضمان أن يختلف باختلاف المضمون فى الزيادة
والنقصان .

(وخامسها) أن اللبن أن كان موجودا عند العقد فقد ذهب جزء من العقود عليه وذلك يمنع الرد ، وأن كان اللبن حادثا بعد الشراء فقد حدث على ملك المشتري فلا يضمه وأن كان مختلطا : فما كان موجودا منع الرد ، وما حدث لم يجب ضمانه .

(وسادسها) اثبات الخيار ثلاثا من غير شرط مخالف للأصول ، فإن الخيارات الثابتة بأصل الشرع من غير شرط لا تقدر بالثلاث .

(وسابعها) يلزم من العمل بظاهره الجمع بين الثمن والمثمن للبائع في بعض الصور ، وهو ما اذا كانت قيمة الشاة صاعا من تمر ، فإنها ترجع اليه مع الصاع الذي هو مقدار ثمنها .

(وثامنها) أنه مخالف لقاعدة الربا في بعض الصور ، وهو ما اذا اشترى شاة بصاع فاذا استرد معها صاعا من تمر فقد استرجع الصاع الذي هو الثمن ، فيكون قد باع شاة وصاعا بصاع ، وذلك خلاف قاعدة الربا عندكم ، فانكم تمنعون مثل ذلك .

(وتاسعها) أنه أثبت الرد من غير عيب ولا شرط ، لأن نقصان اللبن ليس بعيب ولا الرد به بدون التصرية .

(وعاشرها) أن اللبن كالحمل لا يأخذ قسما من الثمن والا لجاز إفراده بالعقد كالثمن ، واذا لم يأخذ قسما من الثمن لا يضمن .

(وأما) المقام الثاني وهو أن ما كان من أخبار الآحاد مخالفا لقياس الأصول المعلومة لم يجب العمل به فلأن الأصول المعلومة منقطع بها ، وخبر الواحد مظلون ، والمظنون لا يعارض المعلوم .

(العذر الثاني لكم) أن هذا الحديث من أخبار أبي هريرة ، وإنما يقبل من أخباره ما فيه ذكر الجنة والنار (وأما) في الأحكام فلا يقبل ، وتارة يقولون أنه غير فقيه والحديث مخالف للقياس ، والصحابة ينقلون بالمعنى ، ولا ثقة برواية غير الفقيه .

(العذر الثالث) دعوى النسخ في هذا الحديث أنه يجوز أن يكون ذلك حيث كانت العقوبة بالمسال جائزة .

(العذر الرابع) أن هذا حديث مضطرب لما وقع الاختلاف في ألفاظه ، وهذه الأمور الأربعة لتترك العمل به بالكلية .

(العذر الخامس) في مخالفتهم لظاهر الحديث بتأويله واستعماله ، وحمله على ما إذا اشتراها فشرط أنها تحلب خمسة أرطال مثلا وشرط الخيار ، فالشرط فاسد ، فإن اتفقا على إسقاطه في مدة الخيار مع العقد ، وإن لم يتفقا يطل (وأما) رد الصاع ، فلأنه كان قيمة اللبن في ذلك الوقت .

والجواب في ذلك (أما) الأول فبالظن في المقامين جميعا (أما) قولهم أنه مخالف لقياس الأصول فمن الناس من فرق بين مخالفة الأصول ومخالفة قياس الأصول ، وخص الرد بخبر الواحد المخالف للأصول لا المخالف لقياس الأصول وهذا الخبر إنما يخالف قياس الأصول ، وقياس الأصول يترك بخبر الواحد لأنه أقوى منه ، ولهذا قال أبو حنيفة رضي الله عنه : أن القياس أن الأكل ناسيا يفطر ، ولكن ترك القياس بخبر أبي هريرة « أطعمه الله وسقاه » وقبل أبو حنيفة خبر أبي هريرة في جواز التوضيء بالنبيذ ، وخبر زاذان في إبطال طهارة المصلى بالقهقهة مع أنهما إنما خالفا قياس الأصول ، ورد خبر التصرية وبيع العرية لأنهما خالفا أصول القياس عنده ، وصاحب هذه الطريقة ينازعه في ذلك ويقول : أن ذلك إنما هو مخالف لقياس الأصول كالأول ، ومن سلك هذه الطريقة يسلم أن الحديث المذكور مخالف لقياس الأصول (ومنهم) من لا يسلم أن مخالفة الأصول أيضا قاذحة ، ويقول : أن ما ورد النص به فهو أصل بذاته ، لا يعتبر فيه موافقة الأصول كالدية على العاقلة ، والغرة في الجنين وغير ذلك ، وليس إبطال أصل لمخالفته أصولا أخرى بأولى من إبطال تلك الأصول لمخالفتها ذلك الأصل .

(والصواب) العمل بها جميعا ، ويعتبر كل أصل بنفسه ، وصاحب هذه الطريقة يقول : أنه لا فرق بين مخالفة قياس الأصول ومخالفة الأصول ، وكلاهما لا يوجب الرد ، والأحاديث التي ذكروها في التصرية والقهقهة وغيرها سواء في ذلك مع أن خبر التصرية أصح .

(واعلم) أن الأصول المختلف في رد الخبر بها هي المستنبطة التي تخون في نفسها محتملة (أما) الأصول المقطوع بها فنص الكتاب وانتوتر والاجماع أو الأصول التي في معناها كتحريم الضرب المستفاد من تحريم التأنيف^(١) فإذا ورد الخبر بخلافه رد ، ويعتقد أنه لم يصح ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لا يقول ما يخالف ذلك ، وهذا قاله الأستاذ أبو إسحاق الأسفرايني ، فهذان جوابان اجماليان عن دعوى مخالفة الأصول (ومنهم) من سلك في الجواب عن ذلك طريق التفضيل ، ويتبين أن ذلك ليس مخالفا لقياس الأصول من الوجوه التي ذكروها ، بل في الأصول ما يشهد له ويعاضده .

(أما) غرم القيمة مع امكان الرد فان رد اللبن في التصرية غير ممكن لوجهين :

(أحدهما) نقص قيمته وذهاب كثير من منافعه بطول المكث .

(والثاني) أن لبن التصرية قد خالطه ما حدث في الضرع بعده على ملك المشتري ، فلم يمكن رده مع الجهل بما خالطه .

(وعن الثاني والثالث والرابع) وهو غرامة القيمة مع وجود المثل ، وكونه تمرا وكونه مقدرا مع اختلاف قدره — ان كان مجهول القدر مجهول الوصف — جاز الرجوع فيه الى بدل مقدر في الشرع . من غير مثل ولا تقويم ، وقد وجد ذلك في مواضع (منها) الحر يضمن بمائة من الابل (ومنها) الجنين يضمن بالغرة . ويستوى فيه الذكر والأنثى (ومنها) المقدرات من جهة الشرع في الشجاج كالמושحة^(٢) مع اختلافها بالصغر والكبر (ومنها) جزاء الصيد فليس من شرط الضمان أن يكون بالمثل أو القيمة من النقيدين ، ولا من شرط المثلى أن يضمن بالمثل ، والعدول في الأمور التي لا تنضبط الى شيء معدود ولا يختلف من محاسن الشرع قطعاً للخصومة والتشاجر ،

(١) لقوله تعالى : « فلا نقل لهما أف » (الاسراء : ٢٣) فتحريم التأنيف يجعل الضرب من باب أولى فيستفاد من تحريم التأنيف ما هو أشد منه وأكثر أذى .

(٢) الموشحة التي توضح ما تحتها من العظم .

(المطبعي)

وهذه المصلحة تقدر على تلك القاعدة الكلية ، والتصر غالب أهوائهم
كما قدرت الدية بالابل ، لأنها غالب أموالهم .

(وعن الخامس) وهو ايجاب الرد مع ما حدث في يد المشتري
مع النقص من وجهين (أحدهما) أن النقص حادث في اللبن دون الشاة ،
وهو انما يرد الشاة دون اللبن (والثاني) أن النقص الحادث الذي
لا يتوصل الى معرفة العيب الا به لا يمنع من الرد ، كالذي يكون مأكوله
في جوفه اذا كسر .

(وعن السادس) وهو أن خيار الثلاث من غير شرطه مخالف
للأصول ، بأن الشيء انما يكون مخالفا لغيره اذا كان مماثلا له ،
وخلف في حكمه ، وهنا الصورة انفردت عن غيرها بأن الغالب أن
هذه المدة هي التي يتبين بها لبن الحلبة المجتمع بأصل الخلقة ،
واللبن المجتمع بالتدليس ، فهي مدة يتوقف على العلم عليها غالبا
بخلاف خيار الرؤية والعيب ، فانه يحصل من غير هذه المدة فيهما ،
وخيار المجلس ليس لاستعلام عيب ، وعلى أن لنا في تقييد خيار المصراة
خلافاً سيأتى ان شاء الله تعالى .

وانما جاء السؤال والجواب على ظاهر الحديث والوجه الموافق له .

(وعن السابع) وهو لزوم الجمع بين البذل والمبدل من ثلاثة
أوجه ، (أحدها) أن صاع القتمر بدل عن اللبن لا عن الشاة ، فلا يلزم
الجمع بين العوض والم عوض (الثاني) أن الحديث وارد على العادة
والعادة أن لا تباع شاة بصاع (الثالث) أن ذلك غير ممتنع كما
إذا باع سلعة بعبد ، قيمة كل منهما ألف ، ثم زاد العبد وبلغت قيمته
ألفين ، ووجد المشتري بالسلعة عيباً فيردها ، ويسترجع العبد وقيمه
ألفان ، وذلك قيمة الثمن والمثمن .

(وعن الثامن) وهو مخالفته لقاعدة الربا أن الربا انما يعتبر
في العقود لا في الفسوخ ولا في ضمان المتلفات .

(وعن التاسع) وهو اثبات الرد من غير عيب ولا شرط أن الخيار
ثبت بالتدليس ، كما لو باع رحي دائرة بماء قد جمعه لها ، وكما
لو سود الشعر ، فان العيب انما أثبت الخيار ، لأنه ينقص الثمن
به ، والتدليس كذلك ، ونحن نقول : ان هذا التدليس نفسه عيب .

(وعن العائش) وهو كون اللبن غير مقابل بقسط من الثمن بالمبيع ، وأن اللبن يقابله قسط من الثمن كاللبن في الاناء (وقولهم) لو قابله قسط من الثمن لجاز افراده بالعقد ، منقوض بأساس الدار وأطراف الخشب التي في البناء ، لا يجوز افرادها ، ويدخل فيه على سبيل البيع ويقابلها قسط من الثمن .

(وأما) الحمل قلنا : فيه قولان ، فعلى قولنا بأنه لا يأخذ قسطا يفرق بينهما بأن الحمل غير مقدور على استخراجيه من الأم ، فهو بمنزلة اللحم المخلوق في الجوف بخلاف اللبن فإنه مقدور عليه ، فهذه الأجوبة دافعة لقولهم : انه مخالف لقياس الأصول .

والئن سلمنا مخالفته لذلك (فالجواب) ما تقدم من أن المخالفة لا تضر لما تقدم (وقولهم) ان تقديم خبر الواحد على الأصول المعلومة فيه تقديم المظنون على المقطوع ممنوع ، فان تناول تلك الأصول لمحل خبر الواحد غير مقطوع به ، لجواز استثناء محل الخبر عن ذلك الأصل ، فان تلك الأصول عامة ، والخبر خاص ، والمظنون يخصص المعلوم .

(وأما العذر الثاني) وهو كونه من رواية أبي هريرة ، فلولا ذكره في الكتب والاحتياج الى الجواب ، لكننا نستحي من ذكره ، ونجل أبا هريرة أن يتكلم بذلك على سبيل الحكاية ، أو نسمعه في أحد من الصحابة ، وأبو هريرة من ثقتة وأمانته وحفظه لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمحصل المعلوم ، ودعا له النبي صلى الله عليه وسلم أن يحببه الله وأمه الى كل مؤمن ومؤمنة ، وروى عن عثمان أنه قال له حين روى لهم « امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله » حفظ الله عليك دينك كما حفظت علينا سنة نبينا صلى الله عليه وسلم . وفصائل أبي هريرة ومناقبه مشهورة ، والمخالفون في حكم هذه المسألة انما يتعللون بظنهم أنه ليس بفقيه ، وهذا ليس بصحيح ، فان عمر بن الخطاب رضى الله عنه استعمله على البحرين ولم يكن عمر رضى الله عنه ليولى غير فقيه ، وكان أبو هريرة على المدينة في خلافة معاوية . أتري كان يحكم بغير فقه ؟

وقد نقلت عنه فتاوى . وقد روى عبد الرزاق في مصنفه عن عمر بن راشد عن يحيى ابن أبى كثير عن محمد بن عبد الرحمن ابن ثوبان « أن رجلا من مزينة طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها ، فأتى ابن عباس يسأله وعنده أبو هريرة ، فقال ابن عباس : احدى العضلات يا أبا هريرة ، فقال أبو هريرة : واحدة تبينها وثلاث تحرمها ، فقال ابن عباس زينتها يا أبا هريرة أو قال : نورتها أو كلمة تشبهها بمعنى أصاب » ففتياه بخضور ابن عباس وقول ابن عباس في ذلك دليل أيضا على فقهه ، ولو فرضنا وحاش لله أنه غير فقيه فاشتراط الفقه تحكم لا دليل عليه مع عدالة الراوى وضبطه وفهمه الذى يمنع من احالة المعنى ، ثم ان المخالف قبل خبر أبى هريرة في مواضع من جملتها في النهى عن الجمع بين المرأة وعمتها ، وبين المرأة وخالتها ولم يرو هذا الحديث من طريق صحيحة غير طريق أبى هريرة وقد روى من جهة غيره بطريق ضعيفة ، فقبلوا خبره في ذلك وهو مخالف لمعوم الكتاب قوله تعالى : « وأهل لكم ما وراء فلكم » (١) فأيهما أعظم ؟ مخالفته لمعوم الكتاب ؟ أو مخالفته لقواعد متنازع في عمومها ؟ ومخالفته للقياس المتأخر عن الكتاب بمراتب ؟ .

ثم ان حديث المصراة قد روى من غير طريق أبى هريرة كما تقدم ، ومن جملتها طريق عن ابن مسعود ، الامام المجمع على فقهه وعلمه ، وان كنا قد رجحنا فيما تقدم أنه موقوف على ابن مسعود ، كما هو في صحيح البخارى ، لكن طريق الرفع أيضا جيدة ، وعلى طريق كثير من الفقهاء غير المحدثين لا يبعد تصحيحها وقد روى رفعه من غير طريق الاسماعيلى المتقدمة ، ذكرها الماوردى عن أبى عثمان النهدي عن عبد الله بن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم وهذه اذا صح فيها الرفع طريق قوية جدا ، هذا مع متابعة الروايات المتقدمة مع ملاحظة الوجوه المتقدمة ، المبينة أن ذلك غير خارج عن القياس ، وان لم يصح طريق الرفع في رواية فكونه من كلامه صحيح بلا اشكال ، وقول الصحابى عندهم حجة لاسيما ابن مسعود ، وطريق فقهم ترجع اليه ، فان لم يكن ههنا حجة فلا أقل من أن يكون

عاضدا للحديث أبى هريرة على زعمهم (وأما) نحن فلا نقول : ان الحديث يحتاج الى شيء يعضده ، والله أعلم .

(وأما الاعتذار الثالث) وهو دعوى النسخ فذلك من أضعف الاعتذارات لأنه دعوى نسخ بالاحتمال من غير دليل .

(وأما الاعتذار الرابع) بالاضطراب فان الألفاظ المختلفة التى وردت منها ما سنده ضعيف فلا اعتبار به ، ومنها ما هو صحيح لا منافاة فيه ، والألفاظ التى صحت كلها لا تتناقض فيها ، بل الجمع بينها ممكن ظاهرا .

(وأما الاعتذار الخامس) واستعمالهم للحديث على وجه الاشتراط فذلك لا يصح لأربعة أوجه (أحدها) أن النهى عن التصرية وما ذكره معه يقتضى تعليق الحكم بالتصرية ، وما استعملوه عليه يقتضى تعليق الحكم بفساد الشرط ، فصار ذكر التصرية لغوا (الثانى) أنه جعل الرد للمشتري وحده ، ولو كان لأجل الشرط لكان لهما لأن البيع حينئذ يكون فاسدا ، قاله الماوردى وغيره ، وفيه نظر ، فانه إذا شرط فى الشاة المباعة أنها تحلب مقداراً فنقصت عنه فانما يثبت الرد للمشتري لا للبائع ، وذلك على وجه سيأتى فى كلام المصنف بصحة البيع (والشرط الثالث) أنه جعل الرضا موجبا للأمضاء ، والسخط موجبا للفسخ والرد ، ولم يجعله متعلقا باسقاط الشرط (والرابع) أنه أوجب فيه رد صاع من تمر ، واسقاط الشرط لا يوجب رد صاع من تمر ، قال هذه الأوجه الماوردى رحمه الله ، وأقواها الوجه الأول لكماله هو دون غيره . فقد بان بحمد الله تعالى صحة ما ذهبنا إليه وجمهور العلماء واندفع ما تعلق به الخصم فى دفع ذلك .

(وأما) أن القياس هل هو معاضد للحديث فجماعة يدعون ذلك ويثبتونه بما علم فى الأجوبة المتقدمة ، وبعضهم يأبى ذلك ، ويروى الاستناد فى ذلك الى الحديث ، ويجعل الأجوبة المذكورة لدفع الاعتراضات فقط ، قال الغزالى فى المآخذ : والانصاف أولى من العناد ، ونحن نعلم أن حديث المصرة لو لم يرد لكنا لا نثبت الخيار : وقد سلم ما وجد حالة العقد ، ولم يتخلف الا منفعة فى المستقبل ، فالاعتماد على الحديث وهو صريح لا تأويل له ، والله أعلم .

وقول الغزالي هذا أنه لو لم يرد الحديث لكان لا نثبت الخيار لا يضرنا فيما قدمناه ، فانا قد لا نسلم ذلك وندعى ثبوت الخيار كالغيب والشرط ، ولو سلمنا فحيث ورد الحديث فهو العمدة مع فهم المعنى فيه ، وأن ما اشتمل عليه من الأحكام من محاسن الشرع كما تقدمت الإشارة إليه . وهذا الذي قاله الغزالي خالف فيه الامام ، فانه قال في النهاية : ان قاعدة مذهب الشافعى تدل على أن ثبوت الخيار جار على القياس . وذكر بيان ذلك بمسألة تجميع الشجر وتلطبخ الثوب بالمداد وشبه ذلك عند الكلام في هذه المسائل ان شاء الله تعالى (أما) رد الصاع فالامام موافق على أنه خارج على القياس ، والله تعالى أعلم . وقد ذكر القاضى أبو الطيب عن أبى عبيد القاسم ابن سلام أنه قال في كتابه المسمى بالحجر والتفليس : ناظرت محمد ابن الحسن واحتججت عليه بحديث أبى هريرة « وأيما رجل مات أو أفلس » فقال : هذا من أخبار أبى هريرة ، فكان ما هرب اليه أشد عليه مما هرب منه .

قال القاضى أبو الطيب : فان قال - يعنى الذى رده - انه يكثر الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم (فالجواب) أن ذلك يوجب قبوله ويؤكد لزومه ، وغزارة حفظه وسعة علمه ، وكان الشيخ أبو محمد الباقي (١) يجيب عنه بقول البحتري :

إذا محاسنى اللاتى أدل بها صارت ذنوبى فقل لى كيف أعترف ؟
وأبو هريرة نفسه قد أجاب عن اكثار الحديث ، فانه كان يلزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ودعا له النبى صلى الله عليه وسلم بالحفظ .

(فرع فى علة هذا الخيار) وجهان (أحدهما) التدليس الصادر من البائع (والثانى) الضرر الحاصل للمشتري باخلاف ما وطن نفسه عليه ، ويظهر أثر الوجهين فيما لو تحفلت بنفسها أو صرها غيره بغير اذنه (والأصح) عند صاحب التهذيب ثبوته ، وبه قطع القاضى حسين وقطع الغزالي بخلافه فى الوجهين فيما اذا تحفلت

(١) عبد الله بن محمد الخوارزمي أبو محمد الباقي

بنفسها ، وفي الوسيط حكى الوجهين ، وجعل الأولى عدم الثبوت وحقيقة الوجهين ترجع الى الحاق خيار التصرية بخيار العيب أو بخيار الخلف المجمع على كل منهما (فرجح) البغوى والقاضى حسين الأول ، وهو مقتضى كلام الماوردى والعراقيين ، ممن صرحوا أن التصرية عيب ، وكذلك يقتضيه كلام الشافعى فى الأم فانه قال : « فاذا حلبها ثم أراد ردها بعيب التصرية » وقال أيضا : « فان رضى الذى ابتاع المصرة أن يمسكها بعيب التصرية » ورجح الغزالى الثانى ، وتبعه عبد الغفار القزوينى فى حاويه .

(والمراد) بتحفلها بنفسها أن يترك صاحبها حلبها أياما من غير شد لا عن قصد بل نسيانا أو لشغل عرض ، فان اللبن يجتمع فى ضرعها اذا لم يصل اليها ولدها أو يتفق شد أخلافها لحركتها بنفسها لا بصنع آدمى ، ولو ترك صاحبها حلبها ثلاثة أيام من غير شد الأخلاف لقصد غزارة اللبن ليراه المشتري فهو فى معنى الشد بلا خلاف .

قال ابن الرفعة : ولهذا قال بعض الشارحين : وليس شد الأخلاف شرطا بل هو الغالب وانما المعتبر أن يترك حلبها قصدا (قلت) وذاك داخل تحت الحديث على تفسير أبى عبيد ، وقد تقدم التوفيق بينه وبين تفسير الشافعى والتي صراها أجنبى بغير اذن البائع لا شك أنها داخله تحت اسم المصرة عليها ، وان لم يصح اطلاق اسم المصرة عليها فهمى كهمى فى المعنى من جهة الظن الناشئ من رؤيتها ، فظن السلامة فى غيرها .

وأما الحاق ذلك بالخلف جعل ذلك كالالتزام فبعيد ، ولو صراها لأجل الخديعة ثم نسيها فقد حكى الشيخ أبو الفتح القشيرى المشهور بابن دقيق العيد عن أصحابنا فيه خلافا ، ولم أر ذلك فى كلامهم صريحا ، لكنه يتخرج على أنا هل ننظر الى أن المأخذ التدليس ؟ أو ظن المشتري ؟ .

فعلى الأول لا يثبت الخيار ، لأنه لم يقصد الخديعة والتدليس ، وعلى الثانى يثبت لحصول الظن (والراجع) من ذلك ثبوت الخيار

نظرا الى المعنى لغوات ما ظنه المشتري ، ولو شدد أخلافها قصدا لصيانة لبنها عن ولدها فقط ، قال ابن الرفعة : فهو بلا شك كما لو تحفلت بنفسها .

(قلت :) وهي كالمسألة التي حكاها الشيخ أبو الفتح عن أصحابنا لكن في تلك الزيادة النسيان ، وهو ليس بشرط ، فانه اذا كان القصد صحيحا لم يحصل تدليس وخديعة وليس لقائل أن يقول : ان التدليس حاصل بعدم تبينه وقت البيع ، وهو عالم به ، لأن هذا المعنى حاصل فيما اذا تحفلت بنفسها وباعها وهو عالم بالحال لا فرق بين المسألتين ، وابن الرفعة سقط عليه من كلام القشيري ، فنقل المسألة عنه على أنه ضراها لأجل الخديعة ثم نسيها ، ثم اعترض بأنه ينبغي أن يكون هذه من صور الوفاق ، وهذا الاعتراض - لو كان الأمر كما نقله - صحيح لأنه حينئذ يكون قد حصل التدليس والظن ولا يفيد توسط النسيان ، فاذن المسألة ذكرها ابن الرفعة وخرجها على ما اذا تحفلت بنفسها ، والمسألة التي نقلها القشيري واحدة والمسألة التي نقلها ابن الرفعة عن القشيري بحسب النسخة التي وقعت له غلطا مسألة أخرى ينبغي الجزم بالخيار فيها ، فلذلك ذكرت المسألتين وأوجبت التبييه عليهما ، لأنهما ليسا في كلام الأصحاب صريحا فيما علمت ، والله أعلم .

(فرع) لا خلاف أن فعل التصرية بهذا القصد حرام لما فيها من الغش والخديعة ، والخداع محرم في الشريعة قطعا ، وهل يختص اثم فاعله بحالة علم التحريم أو لا ؟ لأنه ظاهر المفسدة ، قال ابن الرفعة : يشبه أن يكون الكلام فيه كما في النجش (قلت) والذي اختاره الرافعي في النجش تخصيص معصية الناجش ممن عرف التحريم بعموم أو خصوص ، وحكى البيهقي من كلام الشافعي ما يقتضي ذلك ، والله أعلم .

وهذا الذي ذكرت من نفى الخلاف في تحريم التصرية هو المشهور بين أصحابنا وغيرهم وحكى الشيخ أبو حامد صاحب العدة عن أبي حنيفة جوازه ، ولو حصلت التصرية لغير قصد البيع فقد رأيت في كلام بعض الأصحاب أنها حرام ، وينبغي أن يحمل ذلك على ما اذا كانت

تضر بالحيوان ، أما اذا لم يحصل ضرر بالحيوان ولا يلتبس على أحد فلا معنى للتحريم ، وبعض الأصحاب الذى أثرت اليه هو صاحب التتمة ، فانه لما تكلم فى لباس العبد ثوب الكتان فرق بينه وبين التصرية ، قال : لباس ثوب الكتان من غير قصد البيع ممنوع بالشرع ، بل للمسيد أن يلبس عبده كل ما يحل لبسه ، وأما ترك حلب اللبن من غير قصد اللبن ممنوع عنه بالشرع ، ويجب حمل ذلك على ما ذكرته .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واختلف أصحابنا فى وقت الرد فمنهم من قال : يتقدر الخيار بثلاثة أيام فان علم بالتصرية فيما دون الثلاث كان له الخيار فى بقية الثلاث للسنة (ومنهم) من قال : اذا علم بالتصرية ثبت له الخيار على الفور فان لم يرد سقط خياره لانه خيار ثبت لنقص فكان على الفور كخيار الرد بالعيب) .

(الشرح) الذى قال بتقدير الخيار ثلاثة أيام هو القاضى أبو حامد المروروذى وعليه نص الشافعى فى اختلاف العراقيين فى باب الاختلاف فى العيب فى الجزء الخامس عشر من الأم ، قال : من قبل أن المصراة قد تعرف تصريتها بعد أول حلبة فى يوم وليلة وفى يومين ، حتى لا يشك فيها ، فلو كان الخيار انما هو ليعلم استبانة عيب التصرية أشبه أن يقال : الخيار حتى يعلم أنها مصراة قل ذلك أو قصر كما يكون له الخيار فى العيب اذا علمه بلا وقت قل ذلك أو قصر ، ونقله الرويانى عن نصه فى الاملاء أيضا ، ونقله الجورى وابن المنذر من كلام الشافعى صريحا ، ولم يذكر الجورى غيره وهو الصحيح عملا بالحديث ، ويقتضى ايراد الرويانى فى البحر وابن سراقفة فى بيان ما لا يشيع جهله والشاشى فى الحلية ترجيحه وهو الذى قاله الغزالى فى الخلاصة ، وقطع به القشيري والماوردى مع احتمال فى كلامه . والخيار على هذا القول يكون خيار تزوية كخيار الشفعة على قول وكخيار الشرط .

(والثانى) وهو أنه على الفور على قول أبى على ابن أبى هريرة فيما نقله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وغيرهما ، وصححه

الفارقي تلميذ المصنف والبغوي في التهذيب والرافعي والخوارزمي
في الكافي وابن أبي عمرون في الانتصار .

وقال الروياني في الحلية : انه القياس والاختيار ، وهذان الوجهان
متفقان على جواز الرد اذا اطلع على التصرية في الثلاث ، وانما الخلاف
بينهما في كونهما على الفور أو يمتد الى آخرها ، وفي المسألة وجه
ثالث قاله أبو اسحاق أنه لا يرد قبل انقضاء الثلاث ولا بعدها أيضا
وانما له الرد عند انقضاء الثلاث وهذا الوجه بعيد ، وهكذا حكاه
الروياني والبندنجي ، وسيأتي في آخر المسألة تنبيه على ما يتعلق
بتحريم هذه الأوجه .

واعلم أن بين الأوجه الثلاثة اشتراكا وافتراقا والوجه الأول والثالث
يشتركان في اعتبار الثلاث في التصرية فهي ثابتة بالشرع من غير شرط
ويفترقان ، فأبو اسحاق يقول : المقصود بها الوقوف على عيب
التصرية فانه لا يظهر بحلقة ولا بحلقتين فاذا حصلت الحلقة الثالثة
عرف الحال ، وكان الرد حينئذ الرد بالعيب على الفور . وأبو حامد
يجعل الخيار في الثلاث كالخيار الثابت بالشرط ، ويدل له قوله صلى
الله عليه وسلم : « فهو بالخيار ثلاثة أيام » جعل الثلاثة ظرفا للخيار ،
وهو مخالف لما يقوله أبو اسحاق ، وكلا الوجهين مبين لقول
ابن أبي هريرة ، فان ابن أبي هريرة يقول : ان الخيار ثلاثة أيام .
انما يثبت بالشرط ويحمل الحديث على ذلك ، والتصرية موجبة للخيار
على الفور ، لأنها عيب من العيوب ، فبين قول ابن أبي هريرة ،
وقول أبي اسحاق اشتراك في جعل خيار التصرية خيار عيب ثبت
على الفور ، وافتراق في أن ابن أبي هريرة لا يعتبر الثلاث عند عدم
الشرط أصلا ، وأبو اسحاق يعتبرها ، ولذلك فانه اذا اطلع على التصرية
بعد الثلاث ثبت له الخيار على الفور عند ابن أبي هريرة ولا يثبت
عند أبي اسحاق .

وتأويل ابن أبي هريرة للحديث على الاشتراط لا دليل عليه ،
وقول أبي حامد وابن أبي هريرة متباعدان جدا ، لكن بينهما اشتراك
واحد في جعل الخيار في الثلاثة الأيام في صورة الشرط ، وتلخيص
هذا أن خيار التصرية عند أبي حامد خيار شرع ، وعند أبي اسحاق

وابن أبي هريرة خيار عيب ، وخيار الثالث عند أبي حامد بالشرع ،
وعند ابن أبي هريرة بالشرط ، وعند أبي اسحاق بالصيب .

(وأصحهما وأوفقهما) للحديث ولنص الشافعي قول أبي حامد .
والأصحاب نقلوا عنه أنه حكى ذلك على اختلاف العراقيين ، وقد رأيت
فيه كما حكاه . وقد قدمت من حكاه أيضا .

ولأجل ذلك صححت هذا القول وخالفت الرافعي رحمه الله في
التصحيح ، فإني رأيت أكثر الأصحاب ممن حكى الخلاف لم يصح
شيئا ، والذين صححوا قد ذكرتهم ، وهم مختلفون في التصحيح ،
وليس يترجح أحد الجانبين على الآخر بكثرة ، والرافعي تبع
في ذلك البغوي ، وهو معارض بالصيمري والجوري ، ومعناه الدليل
من الحديث ، ونص الشافعي ، واعتذر البغوي عن الحديث بأنه
بنى الأمر على الغالب لأن الغالب أنه لا يقف على التصرية قبل ثلاثة
أيام ، ويحمل نقصان اللبن في اليومين على تبدل المكان وتساوت
العلف وغير ذلك ، وهذا الاعتذار يوافق قول أبي اسحاق .

وأما ما قاله صاحب التهذيب من أنه ثبت الخيار على الفور
إذا اطلع قبل مضي الثلاث فلا يناسب ذلك ، ولو كان الحديث على
الغالب لقال : « فهو بالخيار ثلاثة أيام » فاذن هذا العذر مع تصحيح
هذا الوجه لا يجتمعان اجتماعا ظاهرا ، لكن ههنا تنبيهات .

(أحدهما) ما يمكن أن يكون مستندا لأبي اسحاق وابن
أبي هريرة .

أما أبو اسحاق فيمكن أن يكون مستنده الحديث باللفظ الذي
أورده المصنف رحمه الله ، وكذلك أورده جماعة من الأصحاب في كتبهم
الفقهية . وهو قوله : « فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثا »
فإن هذا اللفظ يحتمل أن يكون المراد بعد أن يحلبها ثلاث حلبات يثبت
له الخيار ، فلا يكون له الخيار قبل انقضاء الثلاث لأن الحديث
لم يدل عليه على هذا التقدير ، ولا يمتد بعد الثلاث ، بل يكون على
الفور ، لأن الحديث على هذا التقدير إنما دل على مطلق الخيار
حينئذ فلا يمتد لأمرين (أحدهما) عدم الدليل عليه ، والأصل
الملزوم (والثاني) القياس على ما سواه من العيوب .

لكننا قد بينا أن هذه الرواية لم تصح ولا رأيتهما في شيء من الروايات فتعذر هذا البحث ، وبتقدير الصحة فذلك محتمل لاحتمال أن يكون ثلاثا متعلق بخير النظرين ، ويكون الطلب مطلقا غير مقيد بالثلاث ، ويؤيده الرواية التي فيها التصريح باثبات الخيار ثلاثا ، لكنى سأنبه في التنبيه الثانى على زيادة في ذلك ، فليكن المستند في رد ذلك عدم صحة الحديث .

وأما ابن أبى هريرة فمستنده أن التصرية عيب وخيار العيب على الفور ، فيحمل ورود الثلاث في الحديث على ما اذا شرط الخيار ثلاثا ، وهذا منه يشبه ما ذهب اليه الحنفية في بعض اعتذاراتهم عن الحديث ، وإن لم يكن موافقا فيما ذكروه في رد الصاع ، وقوة الحديث تقتضى أن ذلك ثابت بالتصرية لا بالشرط ثم يقال لابن أبى هريرة: أنت من الموافقين على العمل بالحديث وعدم الالتفات الى مخالفة القياس ، فليكن معمولا به في أن هذا الخيار يمتد الى ثلاثة أيام ، ولا يقاس على ما سواه من العيوب ، فإن هذا الدليل أخص من الدليل الدال على أن خيار العيب على الفور .

بل أن لم يكن في مسألة العيب اجماع ولا نص يقتضى الفور فاللائق أن يجعل الخيار فيه ثلاثا بالقياس على المصراة التي ورد فيها النص ، وإن كان فيها نص أو اجماع فهو عام ، وهذا خاص ، والخاص مقدم على العام ، فلا مستند حينئذ لهذا الوجه ، وهو الذى صححه البغوى والرافعى ، ولا لقول أبى اسحاق الذى قبله والصواب الصحيح المنصوص قول أبى حامد المروروذى ، وقول ابن أبى هريرة يشهد له من جهة المذهب شيء ، وهو أن في كلام الشافعى ما يقتضى أن خيار الشرط ثلاثا في البيوع ، مأخوذ من حديث المصراة ، فلو كان عند الشافعى أن خيار المصراة ثابت بالشرع من غير شرط كيف كان ، يستنبط منه جواز اشتراط الخيار ثلاثا في البيوع ، ويحتمل أن يقال : أن ثبوته بالشرع مع عدم الجهالة فيه مسوغ لاشتراطه ، وهذا أقرب الى ظاهر الحديث ، فإنه ليس فيه تعرض للشرط ، والله تعالى أعلم .

(التنبيه الثانى) أن الحديث باللفظ الذى أورده المصنف رحمه الله

على الاحتمال المقابل لما أبديته في مأخذ أبي اسحاق يقتضى اثبات الخيار ثلاثة أيام ، ابتداءها بعد الحلب ، وهذا لا أعلم أحدا قال به ، لا أبا حامد ولا غيره ، الا أبا بكر ابن المنذر فانه قال : له خيار ثلاثة أيام بعد الحلب على ظاهر الحديث ، وانما قال أبو حامد بأنها من آثار العقد كخيار الشرط على ما سأذكره ان شاء الله تعالى ، لكن الحديث بهذا اللفظ لم يصح ، والله أعلم .

(التنبيه الثالث) أن الألفاظ الصحيحة في الحديث ورد فيها « فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها » وفي الألفاظ الصحيحة في رواية أخرى « فهو بالخيار ثلاثة أيام » فاللفظ الأول يقتضى أن الخيار بعد الحلب . واللفظ الثانى يقتضى أن مدة الخيار ثلاثة أيام . ويلزم من مجموع ذلك أن يكون الخيار ثلاثة أيام ابتداءها من الحلب ، وهو الذى لم أعلم أحدا قال به غير ابن المنذر (وأما) أن يعمل بالحدِيثين ويجعل أحدهما مبينا للآخر ، فيلزم هذا الذى لم يقل به أحد فيما علمت غير ابن المنذر (وأما) أن يجعلهما متعارضين ، فتقف الدلالة على ترجيح أن الخيار يمتد ثلاثة أيام .

(والجواب) عن هذا أن قوله « فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها » محمول على الغالب لأن الرضا والسخط انما يكون بعد الحلب ، وتبين الحال ، والغلب الغالب أنه يقع في الثلاثة ، فاثبات الخيار ثلاثة أيام اقتضى زيادة على ما اقتضاه قوله : « بعد أن يحلبها » فعلمنا بالزائد المبين ، وحملنا الآخر على الغالب ، وهذا الحمل لا ياباه اللفظ بخلاف حمل قوله : « فهو بالخيار ثلاثا » على الغالب ، فانه ياباه اللفظ ، والملائق بارادة ذلك المعنى أن تقول : فهو بالخيار بعد ثلاث .

(التنبيه الرابع) أن الأصحاب يعبرون عن الخلاف في هذه المسألة بأن الخيار هل هو خيار شرع أو خيار عيب ؟ فالأول قول أبي حامد ، والثانى قول أبي اسحاق ، ومنهم من يعبر بأنه هل هو خيار شرط أو خيار عيب ، والأول قول ابن أبى هريرة ، والثانى قول أبي اسحاق ، وقد علمت معنى ذلك فيما تقدم ، وأن ابن أبى هريرة يوافق أبا اسحاق في أصل الخيار خيار عيب ، والثلاثة عنده ثابتة بالشرط لا لأجل التصرية ، بل بشرط المتعاقدين ، فكلام الأصحاب كلهم مصرح بأن الخيار

عند أبي حامد بالشرع لا بالعيب ، وهرعوا على ذلك فروعا سادكرها
إن شاء الله تعالى ، وكأنهم أخذوا بالتسليم أن خيار العيب لا يكون
الا على الفور .

وأنت إذا تأملت ما قدمته في جواب ابن أبي هريرة في التنبيه الأول
توجه ذلك المنع لذلك ، فانا نقول لا تتأني بين الأمرين ، وما المانع
من أن يكون الشرع جعل خيار هذا العيب ثلاثة أيام كخيار الشرط ؟
لأنه غالبا إنما يظهر فيها ، ولا يحتاج الى أكثر منها ، ولا يكون
ذلك من باب التعبد المحض الذي لا يعقل له معنى ، فهذا أقرب
الى المحافظة على اتباع النصوص والمعاني ، وقد قال الماوردي في
الاقناع : ان التصرية عيب يرد بها المشتري الى مدة ثلاثة أيام ،
وظاهر هذا الجمع بين جعلها عيبا أو امتداد الخيار ثلاثا ، لكنه
ليس نصا فيما أقوله ، فانه يحتمل أن يرتدا به أى وقت ظهر له
التصرية في الأيام الثلاثة يرد على الفور ولا يرد بعدها ، وهو قول
أبي اسحاق ولذلك لم أورده ، ولم أروه ، ولذلك لم أذكره مع الموافقين
لشيخه الصيمري في اثبات الثلاثة لأجل هذا الاحتمال كما قدمت
الانشارة اليه ، وقد يظهر لهذا البحث أثر في التفريع الذي سنذكره
إن شاء الله تعالى .

(التنبيه الخامس) أنه تقدم عن الغزالي التردد في الحاق خيار
التصرية بخيار العيب أو بخيار الخلف . وهنا في الأوجه الثلاثة
بجعلها راجعة الى أنه هل هو خيار شرع أو شرط أو عيب ؟ ولم
يذكر الخلف (فالجواب) أن خيار العيب وخيار الخلف يشتركان في
أن كلا منهما على الفور ، وانما لا يفترقان فيما لا يكون من فعل
البائع كتحويل الشاة بنفسها ، هل يثبت أصل الخيار أو لا يثبت ؟
فالذي يقول هنا بأنه على الفور ، لا يختلف نظره ، وكان التعبير عن
ذلك بالعيب وبالخلف سواء .

(التنبيه السادس) أنه قد تقدم أن الأصح عند صاحب التهذيب
وغيره ثبوت الخيار فيما اذا تحفلت بنفسها ، وتخريج ذلك على
أنه يسلك به مسلك العيب ، وذلك مستمر على صحيح صاحب التهذيب
هنا أنه على الفور (وأما) على ما صححته ونص الشافعي عليه وقاله

أبو حامد من أن الخيار بالشرع ، فهل يكون الحكم بثبوت الخيار ثلاثاً مستمراً أو لا ؟ فإن كان مستمراً فلا مستند له ، فإن الحديث لم يشمل إلا التي صريت ، والحاقة بالعيب لا يقتضى اثبات الثلاث ، وإن لم يثبت خيار أصلاً كان ذلك مخالفة لصاحب التهذيب ، وقد تقدم موافقته هناك ، وإن ثبت الخيار على الفور كان ذلك موافقة له هنا ، فأحد الأمرين لازم (أما) مخالفة صاحب التهذيب هناك (وأما) موافقته هنا .

(والجواب) أنه يثبت الخيار ثلاثاً ، لأن المعنى الذى يثبت لأجله في محل النص موجود هنا ، وهو فوات الظن ، وكونه من باب العيب لا يمنع إثبات الثلاث لما تقدم في التنبيه الرابع أنه لا منافاة بين ذلك وإن الدليل الدال على إثبات الثلاث هنا أخص من الدليل فيما سواه من العيوب ، فلا يلزم من موافقة صاحب التهذيب في ثبوت الخيار هناك لوجود معنى الحديث موافقته هنا في عدم اعتبار الثلاث ، لما في ذلك من مخالفة ظاهر الحديث .

(التنبيه السابع) أن قول أبى اسحاق المذكور وقع في نقله ما ينبغى التثبت فيه ، فمضمون من يجعله كما حكيته فيما تقدم ، وأنه يمتنع عليه الرد قبل الثلاث وبعدها وإنما له الرد عند انقضاء الثلاث ، صرح بذلك الروياني وهو مقتضى كلام الشيخ أبى حامد . وظاهر هذا الكلام إذا أخذ على إطلاقه يشمل ما إذا علم التصرية قبل الثلاث باقرار البائع أو بيعة ، وامتناع الرد إذا أقر البائع أو قامت بيعة لسببه ، ففيه بعد .

والذى يقتضيه كلام القاضى حسين أن له الرد في هذه الحالة على كل قول عند العلم ، فإنه حكى الأوجه الثلاثة من غير تعيين قائلها ، فقال : منهم من قال هو خيار التصرية يمتد إلى ثلاثة أيام ، لأنه لا يتحقق دونها حتى لو علم بعيب التصرية في الحال ، بأن أقر به أو شهد له البيعة يكون على الفور ، ومنهم من قال هو للقرينة كما في الشفعة في قول يمتد إلى ثلاثة أيام (ومنهم) من قال أراد به إذا شرط الخيار ثلاثاً ، لأن خيار التصرية خيار عيب ونقيصة ، فهو على الفور . انتهى .

(والقول الثاني) في كلامه هو قول أبي حامد المروزي .

(والثالث) هو قول ابن أبي هريرة والأول هو - والله أعلم - قول أبي اسحاق وقد صرح عليه بثبوت الخيار إذا علم . وصاحب التتمة لم يحك إلا قول أبي حامد وقول أبي اسحاق . وصرح على قول أبي اسحاق بأنه إذا علم التصرية باقرار أو بيينة وأخر الفسخ بطل خياره ، فتعين أن يحمل كلام غيرهما ممن حكى المنع عن أبي اسحاق كالرويانى وغيره ، على أنه يمتنع عليه الرد إذا ظهر له التصرية بحلقة أو حلقتين ، لأن ذلك لا يفيد العلم لاحتمال أن يكون بخلاف في العلف أو ليبدل الأيدى .

(أما) إذا حصل العلم بقول البائع أو بيينة - ولا مانع من ثبوت الخيار - وحينئذ يكون في هذا موافقة لابن أبي هريرة في ثبوت الخيار في الثلاثة على الفور إذا حصل العلم ، لكنه مع ذلك يخالفه في أن ابن أبي هريرة يثبت الخيار إذا حصل الاطلاع على التصرية بعد الثلاث . وأبو اسحاق لا يثبت على ما حكاه الرويانى ، ولم يتعرض القاضى حسين لذلك بموافقة ولا مخالفة . مع أن منع الرد بعد الثلاث أيضا مع وجود العيب بعيد . والذي حكاه المارودى تفريعا على قول أبي اسحاق أن له الرد إذا اطلع بعد الثلاث ، ولم يحك الخلاف إلا بين أبي حامد وأبي اسحاق ، قال : ثبت عن أبي اسحاق ما صرح به الرويانى ومن وافقه ، فالخلاف بين ابن أبي هريرة وأبي اسحاق متحقق ، وإن كان أبو اسحاق يقول بالرد بعد الثلاث أيضا كما قاله المارودى ، وقبلها ، كما قاله القاضى حسين . فحينئذ يتحدد قوله وقول ابن أبي هريرة ، لكن الشيخ أبا حامد مصرح بما قاله الرويانى . ولم يحك الخلاف إلا بين أبي اسحاق وابن أبي هريرة ، وأبو حامد لا يرد نقله ، فهي ثلاثة أوجه محققة ، ويبعد كل البعد أن يقال انها أربعة تمسكا بظاهر ما قاله الرويانى عن أبي اسحاق من امتناع الرد قبل الثلاث ، وبما حكاه القاضى حسين ولم ينسبه . فيكون ذاك قولاً مغايراً للثلاثة ، وبه تصوير أربعة . هذا بعيد لا ينبغي المصير اليه ، وليس ذلك إلا للاختلاف في النقل والتعبير عن وجه واحد وتنبه كلام صاحب التتمة .

ولولا تصريح الشيخ أبي حامد وغيره بالخلاف بين أبي اسحاق وابن أبي هريرة لكنت أقول إن كلامهما يرجع إلى معنى واحد ، وهو أن الخيار على الفور ، وأنه وجه واحد مقابل لوجه أبي حامد . وهما الوجهان اللذان ذكرهما المصنف ، لكن الأصحاب مطبقون على ذكر الخلاف بين أبي اسحاق وابن أبي هريرة ، والله تعالى أعلم .

(التنبيه الثامن) أن قول المصنف : « ومنهم من قال : إذا علم بالتصيرية يثبت له الخيار على الفور » يحتمل أن يكون مرادة إذا علم بالتصيرية في الثلاثة الأيام ويحتمل مطلقا . فإن كان المراد الثاني فالقول المذكور وهو قول ابن أبي هريرة كما ذكرناه فيما تقدم لأنه الناقل بجواز الرد قبل الثلاث وبعدها على الفور . ويكون قول أبي اسحاق حينئذ قولاً ثالثاً في المسألة لم يتعرض المصنف لحكايته . وإن كان المراد الأول ، وإن فرض المسألة في الثلاث خاصة فالقول المذكور هو قول ابن أبي هريرة باتفاق الناقلين ، وهو قول أبي اسحاق أيضاً على ما تقدم عن القاضي حسين ، فإنه يوافق على الرد قبل الثلاث على الفور ، ولا يكون حينئذ في مسألة الكتاب إلا وجهان ، وتكون مسألة العلم بعد الثلاث مسكوتاً عنها ، وفيها أيضاً وجهان بين ابن أبي هريرة وأبي اسحاق ، فهما متفقان قبل الثلاث ، ويوافق أبا اسحاق في امتناع الرد بعدها .

(التنبيه التاسع) أن اتفاق ابن أبي هريرة وأبي اسحاق على جواز الرد على الفور قبل الثلاث إذا حصل العلم باقرار البائع وببيئته ظاهر لا اشكال فيه ، ولا شك أن أبا اسحاق لا يعتبر العلم بغير ذلك من ظهور التصرية بالحلبة والحلبتين كما تقدم ، وأما ابن أبي هريرة فلم يصرحوا عنه في ذلك بشيء ، ويحتمل أن يكون موافقاً لأبي اسحاق في ذلك ، فإن الحكم بأحالة تناقص اللبن على التصرية مع احتمال إحالته على اختلاف العلف وتبدل الأيدي غير مجزوم به ، ويحتمل أن يكون ابن أبي هريرة مخالفاً لأبي اسحاق في ذلك ، ويكتفى في جواز الرد بظهور ذلك بالحلبة والحلبتين حيث لا معارض لذلك كما يعتمد عليه في الثلاث ، فيكون ابن أبي هريرة وأبو اسحاق مختلفين قبل الثلاث من بعض الوجوه دون بعض .

(التنبيه العاشر) قول المصنف : « إذا علم » يحتمل أن يريد به حقيقة العلم بإقرار الابن أو بالدينه . وذلك يسمى علما في استحكامه .
وحينئذ يحصل الاتفاق بين ابن أبي هريرة وأبي إسحاق في جواز الرد قيل الثلاث ، ويحتمل أن يريد به مطلق الإطلاق ، ولو يدلالة الحليب ، فيعمود عليه الحرام الذي قدمته الآن ، والله أعلم .

(التفرع) لو اطلع على التصرية بعد الثلاث (فعلى) قول أبي حامد قالوا ليس له الرد ، لأن ذلك خيار ثبت بالشرع للزوى كخيار الشرط ، فيفوت بانقضاء الثلاث (وعلى) قول ابن أبي هريرة وأبي إسحاق فقد تقدم حكمه ، وقال الجوري^(١) : إذا علم بالتصرية بعد الثلاث فله الرد كسائر العيوب ، وإنما جعل الثلاث فسخة له إذا علم في أول يوم بالتصرية ، أو في الثاني أن يؤخر الرد إلى الثلاث وينقطع بأخر الرد بعد ثلاث .

وأما إذا لم يعلم فهو كسائر العيوب ، وهذا حسن ، ويوافقه ما سذكروه عن الابانة والوسيط ، ولو اشتراها وهو عالم بالتصرية ، فعلى قول ابن أبي هريرة وأبي إسحاق لا يثبت كسائر العيوب عندهم إلا أبا حامد ، قالوا : يثبت له الخيار لأنه خيار شرع ، وشبهوه بما إذا تزوجت عينا عامة بعنته ، وعلى قول ابن أبي هريرة وأبي إسحاق لا يثبت كسائر العيوب وهو الأظهر في المستظهرى .

واعلم أن الحكم بعدم الرد بعد الثلاثة وثبوتها إذا اشتراها عالما بالتصرية ميل إلى جانب التعبد ، وكل المفرعين ذكروا ذلك على قول أبي حامد حتى الماوردى ، وقد نبهت فيما تقدم على أنه لا تنافى بين اثبات الثلاث وجعل ذلك من باب العيب ، ويؤيده ما تقدم من الشافعى رحمه الله أنه صرح في الأم بأن التصرية عيب ، مع ما تقدم من الحكاية عن نصه أن الخيار ثلاثة أيام ، فالجمع بين هذين النصين يقتضى ما قلته ، ومقتضى ذلك أنه إذا اطلع بعد الثلاث له الخيار على الفور كسائر العيوب ، مع قولنا : أن الخيار يمتد

(١) يكثر في النسخ في ش و ق تصحيف اسم الامام على بن الحسين أبو الحسن الجوري بالراء المهملة الى اعجامها زاييا (ط) .

الى ثلاثة أيام ، وان كان الزمن الذى قدره الشرع للخيار على سبيل التروى قد مضى ، كما يكون له الخيار بعيب يطلع عليه بعد خيار الشرط ، وقد يتفق أن المشتري يغفل عن ملاحظتها في مدة الثلاثة الايام بأن يكون في يد وكيله أو البائع أو غيرهما ، ثم يطلع بعد الثلاث على التصرية دون تناقص اللبن في الحلبات الماضية .

وأما اذا اشترها وهو عالم بالتصرية فيحتمل أن يقال : ثبوت الخيار كما ذكره في التفريع على هذا القول مع كونه عيبا ، لأن هذا العيب لا يوقف على حقيقته في العادة الا بالثلاث ، فلا يفيد العلم بكونها مصراة حتى يحلبها ثلاثا ، فحينئذ يعلم مقدار لبنها الأصلي ، وقبل ذلك يكون رضا بأمر مجهول ، كما يقول في بيع العين الغائبة اذا قلنا بصحته أنه ينفذ فسخه قبل الرؤية ، ولا ينفذ اجازته على الأصح على قول بيع الغائب ، فكذلك هنا ، وفي ذلك تمسك بظاهر الحديث ومراعاة المعنى وبه يتجه اثبات الخيار مع العلم ، ولا يلزم منه انسقاط الخيار اذا اطلع على التصرية بعد الثلاث .

ومما يرشد الى المعنى في ذلك ما ورد في الحديث « بيع المحفلات خلاية ، ولا تحل الخلاية لمسلم » روى ذلك عن ابن مسعود مرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم وموقوفا على ابن مسعود ، والوقف أصح ، والرفع ضعيف ، ولكن يستأنس بذلك في المعنى ، وهو يرشد الى الحاق هذا الخيار بخيار العيب ، كما ان من باع عينا علم عيبها ولم يبين فقد حصلت منه الخلاية (وهى الخديعة) وأما الذى يشترط وصفا في المبيع بحيث اذا ظهر خلافه يرد عليه ليس حاله حال المخادع ، فأفادنا الأثر المذكور أن الخديعة في البيع على تلك الصورة ، وأن التصرية — وان لم تكن من البائع — تثبت الخيار ، لأنه بالبيع معها من غير تبين مخادع ، كما أن بائع العين المعيبة مخادع ، وان كان العيب ليس منه ، فهذا المعنى يقتضى ثبوت الخيار ، أى وقت اطلع عليه .

ثم في المصراة معنى آخر ، وهو أنه لا يوقف على عيبها في العادة الا بثلاثة أيام فزيد فيها هذا الحكم ، ولم يسقط بالعلم كغيرها من العيوب ، لأن العلم بالتصرية لا يفيد الغرض ، وينخرم به

الخدش على مقدار اللبن الأصلي ، فهذا ما ظهر لى فى هاتين المسألتين ، وأنه يثبت الخيار ثلاثا مع العلم ، ويثبت اذا اطلع على عيب التصرية بعد ثلاث على الفور ، وقد قدمت عن الجورى القول بذلك ، وابن المنذر لما نقل عن الشافعى وناس من أهل الحديث أنهم يجعلون لشترية خيار ثلاثة أيام .

قال : وفى مذهب بعض المدنيين له الخيار — متى تبين له أنها مصراة — أن يردّها (قلت) وهذا هو قول ابن أبى هريرة ، وقد خرج صاحب التتمة بأنه اذا علم التصرية لا خيار له وحكى الوجهين فيما اذا توهمها أو أخبره بها من لا يثق بخبره ثم تحقيق ذلك عنده .

وقال الشيخ أبو حامد رحمه الله : اذا علم التصرية ثم لم يدم اللبن بل عاد الى ما كان عليه قبل التصرية ، فهل له الرد ؟ فيه وجهان ، وهذا الكلام يوهم أنه لو دام على ما أشعرت به التصرية لم يكن له الرد ، وأن الخلاف مقصور على ما اذا رجع الى ما كان عليه ، ويؤيده أنهم قد شبهوا ذلك بما اذا تزوجت عينا عن غيرها على رجاء أن لا يكون عينا عنها ، فاذا تحققت عنته عنها أيضا ثبت لها الخيار ولا شك أنه لو لم يعن عنها لم يثبت لها خيار .

لكن الخلاف فى مسألة المصراة مطلق ، لأن مأخذ اثبات الخيار أنه خيار شرع ثابت بالحديث ، وذلك لا يختلف ، نعم يمكن أن يقال : أن جعلنا الخيار خيار شرع فثبت فى حالة العلم بالتصرية ، سواء دام اللبن أو لم يدم ، وأن جعلناه خيار عيب فيأتى فيه الخلاف كما أشعر به كلام أبى حامد ، وللمأخذ الذى ذكره من اللاحاق بمسألة العنين .

وفى الابانة والوسيط الجزم بأنه ان كان بعد مضى الثلاث فالخيار على الفور وان كان قبله فوجهان ، وهذه العبارة قد يؤخذ منها أنه على أحد الوجهين يمتد الخيار الى ثلاثة أيام ، وأنه ان اطلع بعد الثلاث كان على الفور ، وهو الذى تقدم اختياري له ، لكنى لا أعلم من قال بذلك من الأصحاب .

وما اقتضاه كلام الفورانى المذكور يقوى التمسك به فى ذلك ، لأنه لم ينقل عن شخص معين أنه قال بمجموع ذلك ، وانما اقتضرت

على قول الفوراني بعد الثلاث ، وعلى الوجهين قبله ، وكان الأولى في الترتيب في الصنف خلافه ، الا أن يكون عنده وجه بذلك ، فيكون موافقا لما اخترته ، ويمكن أن يقال : لا حاجة الى نقله عن غيره ، بل كلام الفوراني وحده يكون في اثبات طريقة في المذهب في الجزم بالفور بعد الثلاث ، والتردد قبلها ، ومن ذلك يخرج القول المختار ففيه وجهان (أحدهما) له الخيار للتدليس (والثاني) لا ، لعدم الضرر .

(فرع) اذا قلنا بأن الخيار يمتد الى ثلاثة أيام ، فهل ابتداءها من حين العقد ، أو من التفريق ، فيه الوجهان في خيار الشرط ، هكذا قال الرافعي رحمه الله تبعا للشيخ أبي محمد وصاحب التتمة (والأصح) من الوجهين في خيار الشرط أن ابتداءه من العقد .

وقد قال الجوزي هنا : ان الأصح أن أول وقت الثلاث من التفريق ، قال : لأن الفرقة تبيح له التبسط بالطلب وغير ذلك ، وقبل التفريق ممنوع من التصرف ، وخيار المجلس لهما جميعا ، واذا تفرقا بطل خيار البائع ، وحصل للمشتري خيار الثلاث ، وفي المجرى من تعليق أبي حامد أن ابتداء الثلاث على مذهب الروزي التفريق ، وعلى مذهب ابن أبي هريرة على وجهين .

(فرع) لو اشترط خيار الثلاث للبائع في المصراة ، قال الجوزي : لم يجز لأن الخيار يمنع المشتري من الطلب وسائر التصرف ، وترك الحطب والتصرف في الشاة يؤدي الى الاضرار بالشاة ، هكذا قاله الجوزي ، ووقفت عليه في كتابه ونقله ابن الرفعة عنه وسكت عنه ولك أن تقول : لم لا يكون الحطب وجواز التصرف لمن الملك له ؟ فان حكم بأن الملك للبائع فله الحطب والا فللمشتري ولا يحصل بذلك اضرار بالشاة ، نعم ذلك يؤدي الى محذور على قولنا : ان الملك للبائع في زمن الخيار ، لأن اللبن الحادث يكون تبعا للملك وان تم العقد على الأصح فاللبن الموجود عند العقد للمشتري لدخوله في العقد واختلاطهما معلوم .

فلو شرط الخيار للبائع وحكم بأن الملك له في اللبن الحادث للزم هذا المحذور فيؤدي الى بطلان البيع بخلاف خيار المجلس ،

فان مدته قصيرة غالبا ، وأيضا فالقول بأن الملك للبائع في خيار المجلس ضعيف ، بخلاف خيار الشرط اذا كان للبائع وحده . وقد يقال : ان ما عكس به الجورى صحيح ، وان التصرف في المبيع أو في جزئه ، وان حكما بأن الملك للبائع ممتنع ، وان كان اذا تصرف يصح كما ذكر الأصحاب في بعض التصرفات . وأما الحل فلم يذكره فان ثبت تحريم على التصرف لزم ما قاله الجورى ، لأن التصرف بالحلب تصرف في المبيع واذا منعنا من ذلك أدى الى الاضرار بالشاة كما قال ، والله أعلم .

(فرع) لو اشترط للمشتري وحده . قال ابن الرفعة : فيشبه أن يكون ابتداء الثلاث في التصرف من انقضاء خيار الشرط للمشتري . اذا قلنا عند فقده : انه من انقضاء خيار المجلس . خذرا من اجتماع متجانسين كالأجل ذلك . قلنا : ان ابتداء خيار الشرط من حين التفريق (قلت) وهذا بعيد لأن التصرية تنبئ في الثلاثة الأولى ، فاثبات ثلاثة أخرى لا وجه له ، والأولى أن نقول على هذا القول انه لا حاجة الى شرط الخيار للمشتري ، لأنه ثابت بالشرع ، فكان كما لو شرط خيار المجلس ، فان ذلك لغو لا فائدة فيه ، والله أعلم .

فان صح ذلك فتكون هذه المسألة من المسائل التى يثبت فيها خيار المجلس ولا يثبت فيها خيار الشرط للبائع وحده ، ولا للمشتري وحده ، وأما شرطه لهما فيحتمل أن يمتنع أيضا أخذا مما قاله الجورى ومما قلته ، ويحتمل أن يجوز ، ولا يمتنع التصرف بالحلب ، لأن الأصل استمرار العقد ومنه ثبتا ، وفي الصورة التى ذكرها الجورى نظر في أنه اذا كان الخيار للمشتري بالشرع لأجل التصرية ، فلو صححنا اشتراط الخيار مع ذلك للبائع هل يكون ثبوت الخيار لهما بهذين الشئيين ككثبوته بالشرط حتى لا يحكم بالملك حينئذ أو لا ؟ لا ، لاختلاف سببهما وهو الظاهر ، والله أعلم .

(فرع) اذا اشتراها وهى مصراة ولم يعلم بها حتى ثبت لبنها على الحد الذى اشعرت به التصرية وصار عادة بتغيير الرعى ، ففيه وجهان (أحدهما) له الخيار للتدليس (والثانى) لا ، لعدم

الضرر • قال القاضي أبو الطيب : والأول أصح (قلت) وهذا على رأيه في أنه خيار عيب ، وشبهوا هذين الوجهين بالوجهين فيما إذا لم يعرف العيب القديم الا بعد زواله ، وبالقولين فيما إذا اعتقت الأمة تحت عبد ولم يعلم عتقها حتى عتق الزوج ، وفي تعليق سليم عن أبي حامد ، قال الشيخ : أما القولان فعلى ما قال • وكذلك مسألة العيب ، فأما هذه المسألة فلا أعرف لاثبات الخيار وجهاً لأن نقصان اللبن ليس بعيب في الأصل ، وإنما كانت تثبت الخيار للجمع وقد استدام له ذلك •

(قلت :) وليس الأمر كذلك بل له وجه ظاهر ، لأن هذه الأمور العارضة على خلاف الجبلة لا يوثق بدوامها ، بخلاف اللبن المعتاد من أصل الخلقة • ومن المعلوم أن الكلام في هذا الفرع إذا جعلنا له الرد من باب العيب • أما من يجعل الخيار بالشرع ويبين ذلك في الثلاثة فله الرد بلا اشكال ، وبني الجرجاني الوجهين على أن الخيار هل هو خيار خلف أو خيار عيب ؟ فان جعلناه خيار خلف فلا يثبت ههنا ، لأنه لم يخلف ، وان جعلناه خيار عيب فينبني على أن من اشترى سلعة وبها عيب فلم يعرف الا بعد زواله هل يثبت له الخيار ؟ •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان اختار رد المصراة رد بدل اللبن الذي أخذه ، واختلفت الرواية فيه ، فروى أبو هريرة « صاعاً من تمر » وروى ابن عمر « مثل أو مثلي لبنها قمحاً » واختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو العباس ابن سريج : يرد في كل بلد من غالب قوته ، وحمل حديث أبي هريرة على من قوت بلده التمر • وحديث ابن عمر على من قوت بلده القمح ، كما قال في زكاة الفطر : « وصاعاً من تمر أو صاعاً من شعير » وأراد التمر لمن قوته التمر ، والشعير لمن قوته الشعير • وقال أبو اسحاق : الواجب صاع من التمر لحديث أبي هريرة ، وتناول حديث ابن عمر عليه إذا كان مثل لبنها من القمح أكثر قيمة من صاع التمر فتطوع به) •

(اما الأحكام) فالمشتري للمصراة اما أن يختار امساكها واما
(الشرح) رواية أبى هريرة وابن عمر تقدم بيانها . وأن
الرواية الى ابن عمر غير قوية .

أن يختار ردها ، وإذا اختار الرد فاما قبل الحلب واما بعده ، وإذا
كان يعده فاما مع بقاء اللبن واما بعد تلفه ، فهذه أربعة أحوال
سكت المصنف عن الحالتين الأولتين لسهولة الأمر فيهما . وذكر الحالتين
الآخرتين احدهما في هذه القطعة من الفصل ، والآخرى في
القطعة التى ستأتى فى كلامه ان شاء الله تعالى ، فلنذكر الأحوال الثلاث
ونقدم الصور التى فرضها المصنف وهى ما اذا أراد ردها .

وصورة المسألة اذا كان ذلك بعد الحلب ، وكان اللبن تالفا .
فقد اتفق الأصحاب على جواز ردها بدل اللبن ، ولا يخرج ردها
على الخلاف فى تفريق الصفقة ، لتلف بعض المبيع وهو اللبن
اتباعا للأخبار الواردة فى الباب ، على أن اللبن على رأى لا يقابله
قسط من الثمن وسيأتى فى الحالة الثالثة تحقيق النقل فى هذا رأى .
ولا أعلم أحدا حكى خلافا فى جواز الرد ، الا ابن أبى الدم فانه قال :
فيه وجه حكاه الامام أنه اذا حلب اللبن فتلّف امتنع عليه رد الشاة ،
قياسا على رد العبد القائم بعد تلف الآخر ، ولا وجه لهذا الوجه مع
الحديث .

(قلت :) وهذا الوجه لم أقف عليه فى النهاية . ولعله اشتبه
بالوجه الذى سنذكره فى الحالة الثالثة اذا ردها بعيب غير التصرية .
قال ذلك الوجه فى النهاية ، أما ههنا فلا . ثم اختلفوا فى المضموم
الى المصراة الرد فى جنسه وقدره لأجل اختلاف الأحاديث الواردة
أما الجنس وهو الذى ذكره المصنف فقد حكى المصنف فيه وجهين ،
والأول منهما نسبه الشيخ أبو حامد فيما علق سليم عنه والقاضى
أبو الطيب الى ابن سريج كما نسبه المصنف رحمه الله ، وأن الواجب
عنده فى كل بلد غالب قوتها ونسبه الماوردى الى أبى سعيد الاضطخري
ونسبه الرويانى اليهما .

وقال فى الحلية : انه القياس . ونسبه المحاملى والشيخ أبو حامد
فى تعليق البندنجى عنه الى ابن أبى هريرة وهو غريب ، ونسبه

الجورى لما تكلم فى مسألة الجارية الى ابن سلمة . قال : فكان
ابن سريج وابن سلمة يردانها مع صاع من أقرب قوت البلد ، فان
صحت هذه النقولات فلعلهم الأربعة قائلون بهذا الوجه . وظاهر كلام
هؤلاء الناقلين أنه لا يجوز على هذا الوجه التمر اذا لم يكن غالبا .
أو يكون حكمه كما لو عدل اليه عن القوت الواجب فى زكاة الفطر ، وفيه
خلاف . والجورى جعل محل الخلاف فيما اذا علم الثمن فحكى فيه
قولين (أحدهما) يعتبر غالب قوت البلد (والثانى) لا يجوز الا التمر .
وصاحب التتمة قال : انه لا يختلف المذهب أنه لو رد التمر جاز وأنه
لو رد بدله شيئا آخر كالحنطة أو الشعير ففيه وجهان (أحدهما) عليه
رد الثمن ولا يجب على البائع قبول غيره (والثانى) يجوز أن يرد بدله
صاعا من قوته وكلا هذين الصنفين يخالف ظاهر اطلاق الأولين وكلام
الرافعى يوافق كلام صاحب التتمة فانه صور كلامه بأنه يرد التمر .
ثم حكى الخلاف فى تعيينه وقيام غيره مقامه ، والمراد بعدم الجواز
هنا أنه لا يجبر البائع على قبوله . أما عند التراضى فسيأتى حكمه ان
شاء الله تعالى .

فاذا جمعت ما قاله الجورى وصاحب التتمة مع اقتضاء كلام
الأكثرين حصل لك فى رد الغالب من قوت البلد ثلاثة أوجه (أحدهما)
أنه واجب (والثانى) أنه جائز ، وهو مقتضى كلام الرافعى وصاحب
التهديب (والثالث) التفرقة بين أن يكون التمر موجودا فيمتنع ، أو
معدوما فيجوز ، ويكون حينئذ هو الواجب ، ويحتمل أن تكون هذه
ثلاثة أوجه محققة من قائلين مختلفين . ويحتمل أن يكون اختلافا فى
تحقيق قول واحد .

أما عن بعض الأصحاب كابن سريج أو عن الشافعى كما اقتضاء
اطلاق الجورى قولين ، وبالجمله فلك أن تعتمد على ذلك فى إكثارة
الخلاف على هذه المقالات الثلاث ، وكلها ضعيفة والصحيح خلافها كما
سيأتى ان شاء الله تعالى .

وقد نقل الأئمة عن ابن سريج أنه جعل اختلاف الأحاديث على
ذلك . وأن النبى صلى الله عليه وسلم اختلف لفظه لذلك فقال : « صاعا
من تمر بالمدينة » لأن غالب قوتها التمر . وكانت الحنطة بها عزيزة

وقال : « صاعا من طعام لاسمراء » حيث يكون الغالب من القوت الشعير أو الذرة أو الأرز ، وقال : « مثل لبنها قمحا » وأراد به الصاع لأن الغالب أنه مثل اللبن الذى فى الضرع . وقصد به اللبن الذى يكون ذلك غالب قوته .

ووراء هذه الأوجه الثلاثة غير القول بتعين التمر الذى ذكره المصنف رحمه الله وجه رابع أنه يرد صاعا من أى الأقوات المزكاة شاء . من تمر أو بر أو شعير أو زبيب ، ويكون ذلك على التخيير . نقله الماوردى عن ابن أبى هريرة وقد تقدم نقل المحاملى عنه للوجه الأول ، والله أعلم .

وقال الماوردى بعد حكاية هذا القول : وقوله : « مثلى لبنها قمحا » لأنه فى الغالب يكون صاعا لأن الغالب فى النعم أن تكون الحبة نصف صاع . يعنى ويكون تردد الرواية فى ذلك محمولا على التنويع ، مثل لبنها أن كان كثيرا ، قدر لبنها أن كان كبيرا قدر صاع ، أو مثلى لبنها أن كان قليلا ، وهو الغالب على الشياه فى بلادهم .

وممن ذهب الى هذا الوجه أبو بكر أحمد بن اسماعيل الاسماعلى ، فانه قال فى كتابه المستخرج على صحيح البخارى : وفى قوله : « صاع من تمر لاسمراء » دليل على أن المعنى هو المقصود لا الاقتصار على اللفظ ، لأن التمر اسم لنوع معروف ، وقوله : « سمراء » لو كان نوع التمر هو المقصود لم يكن لقوله لا سمراء معنى ، فثبت أن المعنى التمر ، وما قام مقامه لا يكتفى سمراء .

(قلت :) ولا يلزم ذلك . وليست (لا) متعينة فى الإخراج ، وانما هى هنا عاطفة ، مثلها فى قولك : جاءنى رجل لا امرأة والمعنى فى ذلك نفى توهم أن تكون السمراء مجزئة . فهذه الأوجه الأربعة مشتركة فى أن التمر غير متعين . بل يقوم مقامه غيره ، وهؤلاء الذين قالوا بأن غيره يقوم مقامه قصرُوا ذلك على الأقوات كما فى صدقة الفطر ، وانما الخلاف ههنا فى التخيير أو فى اعتبار الغالب من قوت البلد ، وهو الصحيح على القول بعدم التمر . قال الامام : لكن لا نتمدى هنا الى الإقط بخلاف ما فى صدقة الفطر للخبر . وهذا الذى قاله الامام يوافق ما تقدم عن الماوردى فى نقل قول التخيير .

(وقوله :) ان ذلك في الأقوات المزكاة وان كان قد أطلق النقل في قول الاصطخرى ووراء هذه الأوجه الأربعة على القول بأن التمر لا يتعين وجه خامس عن حكاية الشيخ أبي محمد ، واختلف في التعبير عنه (فقال ولده امام الحرمين) وهو أعرف بمراده : ذكر شيخى مسلما غريبا زائدا على ما ذكره الأصحاب في طرقهم فقال : من أصحابنا من قال : يجرى في اللبن على قياس المضمونات فان بقى عينه ولم يتغير رده ، وليس عليه رد غيره ، وان تغير مثله . فان اللبن من ذوات الأمثال . فان أعوز المثل فالرجوع الى القيمة . وقد أوما اليه صاحب التقريب ولم يصرح . وهذا عندي غلط صريح وترك لمذهب الشافعى رحمه الله ، بل هو حيد عن مأخذ مذهبه . ويبتذل عليه مذهب الشافعى في مسألة المصرة ، ولم يبق الا الخيار فان اعتمدنا فيه الخبر لم يبعد من الخصم حمله على شرط الغزارة مع تأكيد الشرط بالتحفيل ، فهو اذن هفوة غير معدودة من المذهب لا عود اليها . هذا ما ذكره الامام في ذلك وهو أعرف بمراد والده ، والأمر في تضعيفه كما ذكره فان ذلك بجانب للحديث والمذهب .

ويقتضى أن التمر ليس الواجب أصلا وأنه عند تلف اللبن الواجب رد مثله والرافعى رحمه الله صدر كلامه بأنه يرد التمر ثم جعل ما حكاه الشيخ أبو محمد رحمه الله على أنه يقوم مقام التمر غيره حتى لو عدل الى مثل اللبن أو الى قيمته عند اعواز المثل أجبر البائع على القبول اعتبارا بسائر المتلفات ، وفي هذا تأويل لكلام الشيخ أبي محمد رحمه الله وأن ايراده يرده ان شاء ، وليس عليه رده حتما ، وذلك موافق لما سيأتى في الكتاب في هذا الفصل أن البائع يجبر - على وجه - على قبول اللبن اذا كان باقيا ، ومال ابن البرقة الى هذا التأويل ، وقال : ان كلام الشيخ أبي محمد رحمه الله في السلسلة ينطبق عليه ، لكن هذا التأويل يأباه ظاهر حكاية الامام عنه . (وقوله) انه يجرى في اللبن على قياس المضمونات ، وأيضا فان الوجه الذى سيأتى في كلام المصنف رحمه الله انما هو في حالة بقاء اللبن ، والامام - وان كان كلامه عن الشيخ أبي محمد في حالة بقاء اللبن أيضا - لكن قوله : انه على قياس المضمونات نعم ، وأيضا كلام الرافعى في ذلك : انما هو في حالة التلف ، فان حمل على هذا التأويل على بعده وأن

الواجب الأصلي هو التمر وله أن يعدل عنه إلى مثله فعلى بعده ليس على قياس المضمونات ، كما اقتضاه كلام الإمام عنه ، وهو وجه آخر غير ما ذكره الأصحاب في الخالتين أعنى حالة تلف اللبن ، وحالة بقائه خلافا لما قاله ابن الرفعة ، أن ذلك ليس خارجا عن كلام الأصحاب ، وإن كان المراد ظاهر ما نقله الإمام ، ففي ذلك مخالفة لما نقله الرافعي ، وهو في غاية المصادمة للحديث والمذهب .

قال ابن الرفعة : لكن له وجه ، فإن اللبن انكأ في الضرع قبل الحلب يسير لا يتمول فصار تابعا لما في الضرع كما إذا اختلط بالثمرة المبيعة ونحوها شيء من مال البائع لا قيمة له فإنه لا يمنع وجوب التسليم عليه للمشتري ، ولهذا حكى الماوردي طريقة قاطعة بأنه إذا اشترى رطبة فلم يأخذها حتى طالت إن الزيادة تكون للمشتري ككبر الثمرة ، وقد حكى الإمام مثل ذلك عن شيخه فيما إذا باع صاعا من اللبن الذي في الضرع ، وقد رأى منه أنموذجا فقال : وكأن شيخي سابق في التصوير ، ويقول : إذا ابتدر حلبه واللبن على كمال النورة لم يظهر اختلاط شيء به ، له قدر به سألاه ، وإن فرض شيء على ندور لمثله محتمل ، كما إذا باع جزء من قرظ .

قال ابن الرفعة : والخبر على هذا محمول على ما اقتضاه ظاهره ، فإنه يقتضي أن الرد بعد ثلاث ، واللبن إذا كان يكون تالفيا في الغالب ، نعم المشكل قوله : عند تعيين اللبن ، يعني بالحموضة بوجوب رد مثله . والخبر إذا خرج مخرج الغالب يوجب رد غيره ، فالغربة في هذا ، لكنه قياس إيجاب رد اللبن عند عدم التغير نظرا إلى جعل زيادة اللبن بالحلب تابعة ، وإذا وجب رد المثل فتعذر كان الواجب قيمته .

(قلت) وهذا التكلف على طوله ليس فيه محافظة على ظاهر ما نقل عن الشيخ أبي محمد من الجرى على قياس المضمونات ، فإن ما ذكره ابن الرفعة مقتصر على حالة بقاء اللبن ، وحمل الحديث على الغالب ، ثم ذلك غير متجه من وجهين (أحدهما) أن مقتضى ذلك أن لا يجوز الرد قبل ثلاث ، وهو لا يقول بذلك على ما هو المشهور من المذهب . (والثاني) أن غاية ذلك إبداء وجه من القياس لرد اللبن ، ونحن

لا نذكر أن القياس قد يقتضى ذلك ولكن المتبع في ذلك الحديث وهو عمدة المذهب في ذاك فالعدول عنه خروج عن المذهب ، وكلام الشيخ أبى محمد في السلسلة مقتصر بظاهره على حالة التلف فانه قال في حكاية الوجه : للمشتري جبر البائع على قبول المثل ان كان المثل موجودا ، والا عدل الى الدراهم كسائر المتلفات ، والله تعالى أعلم .

فهذه الخمسة الأوجه على ما اقتضاه كلام الرافعى يجمعها القول بأن التمر لا يتعين ، وعلى ما يشعر به ظاهر كلام الامام الأربعة الأولى مشتركة في ذلك ، وهذا الخامس لا يشاركها بل يتعين عليه رد اللبن أو مثله أو قيمته على الأحوال التى ذكرها ، ويقابل ذلك كله الوجه الثانى الذى ذكره المصنف عن أبى اسحاق المروزي اتباعا لحديث أبى هريرة رضى الله عنه ، ممن صحح هذا الوجه الشيخ أبو محمد في السلسلة ، والرافعى والنووى ، ومن نسبته الى أبى اسحاق كما نسبته المصنف رحمه الله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى وابن الصباغ وغيرهم .

واختلف القائلون لهذا الوجه فقال الماوردى : على هذا لا يجوز العدول الى غير التمر . ولو أعوز التمر أعطى قيمته . وفي قيمته وجهان (أحدهما) قيمته في أقرب بلاد التمر اليه (والثانى) قيمته بالمدينة . وقال القاضى أبو الطيب والبغوى عن أبى اسحاق : انه ان عدل الى ما هو أعلى منه جاز ، وان عدل الى ما هو دونه لا يجوز الا برضا البائع ، هكذا قال البغوى وفيه التنبيه على أنه اذا عدل الى الأعلى جاز من غير رضا البائع ، وكلام البغوى يقتضى أن الحنطة أعلى من التمر ، وكلام أبى الطيب مصرح بأنها قد تكون أعلى وقد تكون أدون ، وكأنه راعى في ذلك القيمة ، وكأن البغوى راعى في ذلك الاقتيات فحصل من هذين النقلين عن أبى اسحاق وجهان .

والعجب أن الرافعى رحمه الله عمدته التهذيب : ولم يحك عن أبى اسحاق ما حكاه البغوى فيه ، وانما حكى عن أبى اسحاق ما حكيناه عن نقل الماوردى ، ولم يحك عن الماوردى أيضا عند الاعواز الا اعتبار قيمة المدينة ، وكلام المصنف منطبق على ما حكاه القاضى أبو الطيب والبغوى ، فقد اجتمع في جنس الردود مع المصرة سبعة أوجه ، ولك

في ترتيبها طريقان (أحدهما) أن نقول في الواجب ثلاثة أوجه ،
(أحدها) على قياس المضمونات على ظاهر ما حكاه الامام .

(والثاني) التمر (وثالث) جنس الأقوات (فان قلنا)
بالتمر فهل نعدل الى أعلى منه أو الى غالب قوت البلد ، أو يفرق بين
أن يكون التمر موجودا فتعين ، أو معدوما فيعدل الى الغالب ؟
أربعة أوجه (وان قلنا) بالأقوات فهل يتعين الغالب أو يتخير ؟ وجهان .

(والطريقة الثانية) أن نقول : الواجب التمر ، وهل يتعين ؟
وجهان (فان قلنا) يتعين فهل يعدل الى أعلى منه ؟ وجهان (وان
قلنا) لا يتعين ، فهل يقوم مقامه الأقوات ، أو الأقوات وغيرها ؟
وجهان (الثاني) قول الشيخ أبي محمد وان قلنا : الأقوات وحدها ،
فهل يتخير أو يتعين الغالب ؟ وجهان ، وهذه الطريقة مقتضى ترتيب
الرافعي ، وليس في كلام الرافعي رحمه الله الا أربعة أوجه ، ولم يحك
وجه المعدول الى الأعلى ولا التفرقة بين أن يكون التمر موجودا أو
معدوما ولا وجه الجري على قياس المضمونات على ظاهر ما حكاه الامام ،
وليس لك أن تأخذ من هذا الكلام اثبات وجه ثامن جمعا بين ما اقتضاه
كلام الامام وكلام الرافعي في النقل عن الشيخ أبي محمد ، لأن
ذلك اختلاف في فهم كلام رجل واحد من الأصحاب ، وانما يصح اثبات
وجهين لو ثبتا جميعا عنه ، أو قائلين ، وليس الأمر ههنا على هذه
الصورة .

(فان قلت :) ما ذكرت أن الرافعي سكت عنه مما حكاه صاحب
التهذيب عن أبي اسحاق قد شمله قول الرافعي رحمه الله ، أن الاعتبار
بغالب قوت البلد يعني في القيام مقام التمر ، فهذا هو المعدول من التمر
الى أعلى منه .

(قلت) ليس كذلك ، لأنه ليس غالب قوت البلد أعلى من التمر
على الإطلاق لا في الاقتيات ولا في القيمة ، فقد يكون بلد غالب قوته
قوت هو أدنى من التمر قوتا وقيمة ، وقد نقل الأصحاب عن أبي اسحاق
أنه جعل ترتيب الاخبار على القول المنقول عنه ، كما أشار المصنف
رحمه الله اليه ، فصرح بالتمر في حديث وفي آخر قال : « من طعام »

وأراد التمر . وفي آخر قال : « قمما » وذلك إذا كان القمح أعز ،
ورضى بذلك .

وحيث قال : « مثل » أو « مثلى لبنها » أراد إذا كان قدر ذلك
صاعا ، وهذا الترتيب يوافق ما حكاه عنه المصنف والقاضي أبو الطيب
والبغوي ، وهو مقتضى كلام الشيخ أبي حامد عنه (وأما) ما حكاه
الماوردي والرافعي فلا يوافق ذلك ، لأنه لا يجوز اخراج غير التمر
أصلا .

(فان قلت) ما الصحيح من هذه الأوجه ؟ قلت : الصحيح أن
الواجب هو التمر ، لأن الأحاديث الصحيحة مصرحة بالتمر ، والتي
فيها الطعام مطلقا محمولة عليه ، لأن المطلق محمول على المقيد .

وأما حديث ابن عمر الذي فيه القمح فقد تقدم التنبيه على
ضعف طريقه ، ولا حاجة الى ما تأوله ابن سريج وأبو اسحاق عليه
فيكون الصحيح أن الواجب هو التمر لا شبة فيه . لكن هل يتعين
ولا يجوز غيره كما نقله الماوردي عن أبي اسحاق ؟ أو يقوم مقامه
ما هو أعلى منه كما نقله الباقر ؟ هذا محل النظر وقد قال الرافعي :
ان الأصح عند الشيخ أبي محمد وغيره أنه يتعين التمر ولا يعدل عنه
ولم يحك الرافعي عن أبي اسحاق غير ذلك . وظاهر ذلك تصحيح لما
نقله الماوردي . وان غير التمر لا يجوز . كذلك هو في المحرر .
وصححه النووي أيضا ، وهو الذي يقتضيه ظاهر الحديث ، اللهم الا أن
يكون ذلك برضا البائع وسيأتى حكمه ان شاء الله تعالى .

لكن قد يتوقف في هذا التصحيح لأمرين (أحدهما) أن حكاية
الأكثرين عن أبي اسحاق أنه يجوز العدول الى الأعلى ، كما اقتضاه
كلام المصنف وغيره ، وكثرة القائلين لذلك عن أبي اسحاق يقتضى
على ما نقله الماوردي عنه وتبين مراد أبي اسحاق ولا يبعد أن
يتناول كلام الماوردي . وان كان خلاف الظاهر ليوافق كلام الأكثرين .
واذا لم يتحقق هذا الوجه عن أبي اسحاق . وليس منقولا عن غيره
فكيف نقضى بصحته (الثانى) أن الأصحاب اتفقوا في زكاة الفطر على
أنه يجوز العدول عن القوت الواجب الى قوت أعلى منه . فاذا عدل
عن التمر الى ما هو أعلى ينبغى أن يجوز .

(والأصح) أن الاعتبار بزيادة الاقتنيات . والقمح أعلى بذلك الاعتبار . وإن اعتبرنا القيمة على الوجه الأخير فقد يكون القمح في بعض الأوقات أكثر من قيمة التمر . فلو كان التمر في المصرة متعينا حتى لا يجوز غيره ، وإن كان أعلى .

(فالجواب) أما اختلاف النقل عن أبي إسحاق وكون ذلك يقتضي التوقف في نسبة هذا القول إليه أو إلى غيره ، ويلزم من ذلك أن لا يكون متحققا ، فهو بحث صحيح . ولكن لنا أن نتمسك في أن الواجب هو التمر بظاهر كلام الشافعي رحمه الله ، وقوله : أن يرد صاعا من تمر ، وقوله : أن ذلك ثمن واحد وقته رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا كان نص الحديث ونص صاحب المذهب يقتضي أن بدل اللبن هو التمر فيمكن للمشتري من إعطاء بدله بغير رضا مستحقه على خلاف القواعد ، لا يدل عليه دليل . ويكفي التمسك في الصحيح بنص صاحب المذهب المستند إلى دليل . وأما من يشترط في التصحيح موافقة معظم الأصحاب فيحتاج إلى بيان ذلك وهنا في هذه المسألة . ولم أقف من كلام الأصحاب على ما يقتضي ذلك ، ولا على نسبة القول المذكور إلى غير أبي إسحاق . نعم الإمام قال : ذهب ذاهبون إلى أن الأصل التمر فلا معدل عنه . وهذا الذي نقله الإمام يوافق ما نقله الماوردي عن أبي إسحاق ، فيحتمل أن يكون مراد الإمام بالذاهبين أبا إسحاق ومتابعيه ، ويعود ما تقدم من جهة اختلاف النقل عنه .

وبالجملة فمستند من لم يقل من الأصحاب على كثرتهم يتعين التمر باختلاف الرواية ومجىء القمح في بعض الروايات . وقال الإمام : إن ذلك الذي مهد لأصحاب القوت مذهبه ، والأفالأصل الاتباع ، وأنت إذا وقفت على ما تقدم من التنبيه على ضعف رواية القمح المطلق على المقيد في بقية الروايات التي أطلق فيها الطعام تارة وذكر التمر أخرى ، لم تبال بمخالفة كثير من الأصحاب إذا اتبعت الحديث ونص الشافعي من غير تأويل .

وأما الجواب عن اتفاق الأصحاب في زكاة الفطر على أنه يجوز العدول إلى الأعلى ، فإن المقصود في زكاة الفطر سد خلة المساكين ، والحق فيها لله تعالى ، فلا يحصل فيها من التنازع والخصومة ما يحصل

في غيرها . وهذان الأمران مقصودان في مسألة المضارة ، فان الحق
 فيها للمادى مقصود الشارع فيها قطع النزاع مع ما فيها من ضرب
 نعبد . فقد بان ووضح لك أن الصحيح وجوب التمر وتعيينه ، ولا يجوز
 المدول عنه الى غيره ، سواء كان أعلى أو أدنى الا برضا البائع فسيأتى
 الكلام فيه . وهذا الصحيح خلاف الوجهين المذكورين في الكتاب
 لما تبين لك أن مراده عن أبى اسحاق أنه يعدل الى الأعلى ، وصحح
 ابن أبى عمرو في الانتصار قول ابن سريج ، والله أعلم .

هذا الكلام في جنس الواجب ، وأما مقداره ففيه وجهان (أحدهما)
 أن الواجب صاع قل اللبن أو كثر وإن زادت قيمته على قيمة الصاع
 أم نقصت لظاهر الخبر . وهذا الذى نص الشافعى عليه رحمه الله
 في الجزء السادس عشر من الأم قال الشيخ أبو محمد : واليه مال
 ابن سريج . والمعنى فيه قطع النزاع ، لأن الموجود عند البيع يختلف
 بالحادث بعده ، ويتعذر التمييز فتولى الشرع تعيين بدله قطعاً للخصومة .
 وقد تقدم ذلك في الجواب عن الوجه الرابع من أسئلة الحنفية التى
 ادعوا فيها خروج الحديث عن القياس .

(والثانى) أن الواجب يتقدر بقدر اللبن لرواية ابن عمر التى
 فيها : « مثل أو مثلى لبنها » . وعلى هذا فقد يزداد الواجب على
 الصاع وقد ينقص ، وأن الأمر بالصاع كان في وقت علم أنه يبلغ
 مقدار اللبن . فاذا زاد زدنا وإذا نقص نقصنا ، وهذا الوجه بعيد
 مخالف لنص الشافعى رحمه الله ولنص الحديث . وقد تقدم ضعف
 الرواية التى تمسك بها . وهذان الوجهان حكاهما الفورانى والقاضى
 حسين والشيخ أبو محمد وغيرهم من الخراسانيين هكذا على الاطلاق ،
 ومقتضى ذلك أنا ننظر الى قيمة اللبن ، ونؤدى بقدرها على هذا
 الوجه ، وبه صرح الرويانى . وكذلك الشيخ أبو محمد في السلسلة
 ذكر الوجهين فيما اذا زاد لبن التصرية على قيمة صاع من تمر .
 وكذلك الامام في النهاية ، وقال الرويانى : انه ضعيف ، والأمر كما
 قال ، فان كلام الشافعى رحمه الله في الأم يصرح بخلافه فانه قال :
 ردها وصاعاً من تمر ، كثر اللبن أو قل ، كان قيمته أو أقل من قيمته
 لأن ذلك شيء وقته رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد أن جمع فيه

بين الابل والغنم ، والعلم يحيط أن ألبان الابل والغنم مختلفة الكثرة
والأثمان ، فإن ألبان كل الابل وكل الغنم مختلفة .

وهذا الذي قاله الشافعي رحمه الله هو الحق الذي لا محيص
عنه ولو كان الواجب يختلف باختلاف اللبن لفاوت النبي صلى الله
عليه وسلم بين الابل والغنم فلمّا لم يفاوت بينهما وأوجب فيهما
صاعاً من تمر ، علم قطعاً بطلان هذا الوجه . ولم أر لهذا الوجه ذكراً
في طريق العراقيين على هذا الإطلاق ، وإنما في كلامهم وكلام بعض
المفراसानيين كالغزالي حكاية الخلاف فيما إذا زادت قيمة الصاع
على قيمة نصف الشاة أو كلها كما سيأتى في كلام المصنف إن شاء الله
تعالى ، ولولا أن الرافعي اعتد بهذا الخلاف وحكاه ، وتصريح الشيخ
أبى محمد والامام والرويانى لكنت أقول : انه يجب تنزيله على ما في
كتب العراقيين ، لكن هؤلاء الأئمة ذكروه صريحاً . والرافعي حكى
الأمرين فقال : ان منهم من خص هذا الوجه بما إذا زادت قيمة
الصاع على نصف قيمة الشاة . وقطع بوجوب الصاع فيما إذا نقصت
عن النصف ، ومنهم من أطلقه إطلاقاً . وليس في كلام الرافعي هذا
ما يؤيد تنزيل هذا الإطلاق على ما في كتب العراقيين . لكن ما حكاه
الشيخ أبو محمد والامام والرويانى صريح ، وكذلك يقتضيه كلام القاضي
حسين ، وفي كلام الامام كشف ذلك ، فانه حكى الوجهين في أنه هل
ينعين الصاع أو يجب من التمر بقيمة اللبن ؟ فان اعتبرنا الصاع
فكانت قيمته بقدر الشاة أو أكثر ففي وجوبه وجهان عن العراقيين .
فجعل حكاية العراقيين الوجهين تفريعاً على اعتبار الصاع ، وأفاد
كلامه حصول ثلاثة أوجه في المسألة (أحدها) وجوب الصاع مطلقاً
(والثاني) وجوب قدر قيمة اللبن مطلقاً (والثالث) الفرق بين أن تكون
قيمة الشاة أو لا ، فان لم تكن بقيمة الشاة وجب الصاع والا وجب
بالتعديل . والأوجه الثلاثة المذكورة متفقة على أن الردود هو التمر ،
أما صاع أو أقل أو أكثر وسيأتى في كلام المصنف رحمه الله ما يخالفه ،
وكذلك قوله على الوجه الثالث باعتبار التعديل مخالف لكلام المصنف
وأكثر الأصحاب كما ستعرفه هناك إن شاء الله تعالى ، وفي بعض شروح
المهذب المجموعة من الذخائر وغيرها ذكر الوجهين المذكورين وذكر حديث
ابن عمر ثم قال العراقيون : أراد الخبر أنه يجب المثل إذا كان

اللبن صاعا ويجب مثله إذا كان اللبن نصف صاع ، وهذا يجب حملة على ما قاله الشيخ أبو محمد وغيره من اعتبار قيمة الصاع إلا أن يكون اللبن صاعا كما هو ظاهر هذه العبارة ، وبالجمله فهذا الوجه في غاية الضعف ، مخالف لصريح نص الشافعي رحمه الله والحديث ، ومن حكاه أيضا ابن داود في شرح المختصر ، والله أعلم .

وإذا ضمنت الخلاف في المقدار إلى الخلاف في الجنس ، زادت الأوجه فيما يرده بدل اللبن ، والله أعلم . وسأعرض لذلك إن شاء الله في فرع عند الكلام فيما إذا زاد الصاع على قيمة الشاة ، والله أعلم .

(فرع) هذا كله فيما إذا لم يرض البائع ، فأما إذا تراضيا على غير التمر من قوت أو غيره أو ذهب أو ورق أو على رد اللبن المحلوب عند بقاءه ، قال الرافعي : فيجوز بلا خلاف ، كذا قاله صاحب التهذيب وغيره ، وعبارة صاحب التهذيب أنه يجوز على الوجهين ، قال الرافعي : ورأيت القاضي ابن كج حكى وجهين في جواز ابدال التمر بالبر عند اتفاقهما عليه .

(قلت :) وقد قال ابن المنذر في الاشراف : انه لا يجوز أن يدفع مكان التمر غيره ، لأن ذلك يكون بيع الطعام قبل أن يستوفي ، وهو أحد قولى المالكية ، وقول ابن المنذر ، وهذا يقتضى أن ذلك من باب الاعتياض ، فإن كان كذلك فالمنع من الاعتياض في ذلك مخالف لنص الشافعي رحمه الله ، فانه قال في باب السنة في الخيار : ومن كان له على رجل طعام حال من غير بيع فلا بأس أن يأخذ به شيئا من غير صفه ، إذا تقابضا من قبل أن يتفرقا ، واحترز الشافعي رحمه الله بالحال عن المؤجل .

وقد تقدم في باب الربا في الاعتياض عن الطعام المؤجل أن الشافعي رحمه الله نص على منعه ، وما ذكره ابن المنذر هنا لم يتعرض الأصحاب له هناك فيجتمل أن يكون ابن كج موافقه في المنع من الاعتياض عن الطعام مطلقا ، ويحتمل أن يخص ذلك بهذه المسألة لما فيها من ضرب من البعد ، فتلخص أن المذهب جواز الاعتياض عنه مطلقا ، وقول ابن المنذر المنع مطلقا ، وما حكاه ابن كج المنع في اعتياض البر عن التمر . والظاهر أنه يعدى ذلك إلى كل مطعوم ، فأما أن يقول قولا

فارقا بين المطعوم وغيره فيكون قولاً ثالثاً ، وأما أن يكون يعمم المنع في الجميع تشبيهاً له بالثمن في الذمة ، فيكون قد وافق ابن المنذر في الحكم وخالفه في المأخذ ، وأما أن يكون موافقاً له في الحكم والمأخذ معاً ، ويمنع الاعتياض عن الطعام في الذمة وإن كان حالاً ، وهو خلاف نص الشافعي رحمه الله .

وليس في عبارة صاحب التهذيب نفى الخلاف مطلقاً كما ذكره الرافعي رحمه الله حتى يستدرك عليه كل خلاف ، وإنما قال على خلاف الوجهين ، يعني قول ابن سريج ، وقول أبي إسحاق رحمهم الله ، وليس في كلامه أيضاً في النسخة التي وقفت عليها ذكر القوت ، وإنما ذكر الذهب والفضة وما لا يقات ورد اللبن وأما حكايته وحكاية الرافعي عنه الاتفاق على جواز رد اللبن عند بقاءه ، فينبغي أن يكون صورة ذلك إذا تراضيا على أخذه بدلاً عن الواجب ، ويشترط في ذلك اللفظ . هذا إذا جعلنا ذلك من باب الاعتياض كما تقدم ، أما إذا اقتصر على الرد فهل يكفي لأنهما تراضيا عليه فيرد الرد عليهما أولاً يكفي لأن الواجب غيره ، فليس ذلك من باب الرد على صورة الفسخ ، والله أعلم . وسنتعرض له في كلام المصنف رحمه الله أن ثناء الله تعالى . وفي فرع الآن فنتبه له .

(فرع) التمر الذي يجب رده هل يتعين نوع منه ؟ أو ذلك إلى خيرة المشتري ما لم يكن معيناً ؟ قال أحمد بن بشرى فيما نقله من نصوص الشافعي رحمه الله : صاعاً من تمر البلد الذي هو به تمر وسط بصاع النبي صلى الله عليه وسلم فظاهر هذا الكلام يقتضي أنه لا يعطى تمرًا دون تمر بلده ، وإن كان سليماً ولم أر من تعرض لذلك ولا اعتد به لا هنا ولا في زكاة الفطر ، والذي اقتضاه النص من تعيين تمر البلد يشهد له ما ذكره في الشاة الواجبة عن خمس من الإبل ، وأنه لا يجوز العدول عن قيمة البلد على المذهب ، وما ذكر في الدراهم المأخوذة في الجبران في الصعود أو النزول وأنه يتعين نقد البلد ، قطعاً ، فإذا ثبت التعيين ههنا فالتعيين في زكاة الفطر أولى ، لأن أطماع الفقراء تمتد إلى قوت البلد ونوعه .

نعم : أن كان في البلد أنواع فقد ذكروا في الشاة المخروجة عن خمس من الإبل أوجها . نص الشافعي رضي الله عنه فيها ،

وهو الذى قطع به صاحب المذهب بتعين غالب البلد وأصحها على ما ذكره
الرافعى أنه يخرج من أى نوعين شاء ، وقياس ذلك أن يأتى هنا
ذلك الخلاف بعينه .

(فان قلت :) قد قال الماوردى رحمه الله : انه اذا أعوز
التمر أخرج قيمته بالمدينة على وجه ، وهو الذى اقتصر الرافعى على
حكايته ، وهو الذى قاله المصنف على قول أبى اسحاق ، فيما اذا زادت
قيمة الصاع على الشاة ، واعتبار قيمة الحجاز يدل على أن المعتبر
تمر الحجاز ، لأن القيمة بدل عنه ، فلو كان الواجب تمر البلد لأخرج
قيمته (قلت) ما ذكره الشافعى هنا من تعيين تمر البلد وتأيد بالنظائر ،
يدل على أن الأصح هو الوجه الثانى الذى نقله الماوردى أنه عند
اعواز التمر يعتبر قيمته فى أقرب بلاد التمر اليه ، وإن كان الرافعى
لم يذكره .

وأما ما ذكره المصنف وغيره من الأصحاب على قول أبى اسحاق
واقتصرُوا عليه ، وأن المعتبر قيمة الحجاز ، فذلك انما قالوه على
قول أبى اسحاق ، وقد يكون أبو اسحاق لا يوافق على ما اقتضاه
النص من تعيين البلد ، وهو بعيد أو يوافق على أن المعتبر عند
الوجود تمر البلد ، فان أعوز رجع الى قيمة الحجاز وهو بعيد أيضا
ولا يلزم من حكاية الأصحاب ذلك أنهم يعتبرون قيمة الحجاز عند
الاعواز على المذهب ، ولا شك أن مقتضى قول أبى اسحاق اعتبارها ،
فانه اذا اعتبرها فى غير حالة الاعواز ففى حالة الاعواز أولى ، فتخلص
أن التمر الذى يجب رده هو تمر البلد على ظاهر النص ، وفيه على
قول أبى اسحاق ما ذكرته .

واذا أوجبنا تمرا فعدل الى تمر أعلى منه جاز ، كما قالوه فى
زكاة الفطر ، وفى الشاة المخرجة عن الابل ، ولو عدل الى ما دونه لم
يجزه ، كما ذكروه فى الشاة . هذا عند الوجود وعند الاعواز
الواجب قيمته بأقرب البلاد اليه ، وقيل : بالمدينة ، وهو مقتضى قول
أبى اسحاق ، وقد يقال : انه اذا عدل عند الوجود الى نوع أعلى
ينبنى أن يكون كالعديل الى جنس آخر ، كما قيل بمثله فى السلم :
إن اختلاف النوع كاختلاف الجنس ، وحينئذ فلا يجوز هنا بغير

التراضى ، ويجوز بالتراضى لأن هذا يجوز الاعتياض عنه على الأصح ،
كما تقدم بخلاف المسلم فيه .

وأما العدول الى نوع أدنى فلا يجوز الا بالتراضى ، الا اذا فرعنا
على قول التخيير ، وكذلك فى الزكاة اذا وجبت عليه الزكاة من نوع لم
يعدل الى نوع دونه الا اذا اعتبرنا القيمة ، ففيه خلاف وكذا لا يخرج
عن الكرائم الاكرامة .

(فرع) الصاع الذى يجب رده بدل اللبن ، هل ينزل منزلة
العين الأخرى ، الذى شملها العقد ، حتى انه يتوقف الرد على رده
مع الشاة ، أو نقول : انه يرد الشاة ، ويبقى بدل اللبن فى ذمته ؟
لم أقف فى ذلك على نقل (وقوله) فى الحديث : « ومعها صاعا من
تمر » يشعر بالأول ، ويؤيده أن افراد احدى العينين بالرد لا يجوز
فى غير هذا الكتاب ، فجعل التمر قائما مقام اللبن للرد عليهما أقرب
الى المحافظة على ذلك ، واذا صح ذلك فلا يكون اتفاقهما على أخذ
بدل التمر من باب الاعتياض حتى يحتاج الى لفظ كما تقدم لأن
التمر لا ثبوت له فى الذمة على هذا البحث ، وانما يقام مقام اللبن
ليرد الرد عليهما ، ويشكل أخذ بدله لأجل التعليل الذى قاله ابن المنذر ،
بل لهذا المعنى ، وهذا الذى وعدت به فلتتنبه له .

(نعم) اتفاقهما على رد اللبن واضح على هذا التقدير ، ولا
يحتاج حينئذ الى اعتياض لأن ذلك هو الأصل ، وانما عدل الى التمر
خوفا من اختلافهما ، فاذا تراضيا عليه جاز وورد الرد عليهما ، ويحصل
الفسخ فى جمع العقود عليه ، ويخرج من ذلك أنه يجوز اتفاقهما
على رد اللبن ، ولا يجوز اتفاقهما على بدل آخر غيره لا يعدو الى
غيره ، ولم أر أحدا صرح بمجموع هذا فلتتنبه لهذه الدقائق .

(فرع) يمكن أن يقال : اذا جعلنا التمر قائما مقام اللبن
على ما تقدم من البحث ، وتراضيا على رد الشاة ، وأن يبقى التمر
فى ذمته ، يجوز كما يجوز فى الشفعة ، حيث يكتفى برضا المشتري
بذمة الشفع عن تسليم العوض ، ويمكن أن يقال : لا يكفى ذلك
هنا ، لأن الشفعة تملك جديد . وههنا رد ، والرد يعتمد المردود ،

فعلى الاحتمال الأول يستمر ما قاله البغوى والرافعى رحمهما الله من أخذ البذل عن التمر ، لأنه قد صار فى الذمة ، فيأخذ عنه ما يقع الاتفاق من مقدار غيره ، ويأتى فيه خلاف ابن المنذر وتعليقه وعلى الاحتمال الثانى يتعين ما تقدم وأنه يتعين رد التمر أو اللبن باتفاقهما لأنه الأصل ، و لا يجوز غير ذلك لأن ذلك إقامة لغير المبيع مقام المبيع فى حكم الرد ، وذلك انما يكون من جهة الشرع •

(فرع) ولو كانت المصرة اثنتين أو أكثر ، هل يرد أداء الواجب بذلك ؟ لم أقف لأصحابنا على نقل فى ذلك ، لكن أبو الفرج ابن أبى عمر الحنبلى رحمه الله نقل فى شرح المقنع على مذهبهم ، وعن الشافعى وبعض المالكية أنه يرد مع كل مصرة صاعا ، لقوله : « من اشتري غنما » •

(قلت) وممن ذهب الى ذاك ابن حزم الظاهرى وزعم ابن الرفعة أن ذلك ظاهر الحديث (قال) وما أظن أصحابنا يسمحون بذلك ، وهذا منه يدل على أنه لم يقف فى ذاك على ما نقل ، وكذلك أنا لم أقف على نقل الا ما قدمته من نقل بعض الحنابلة عن الشافعى رضى الله عنه ، وهو مقتضى المذهب ، وقال ابن عبد البر : ينبغى أن لا يجب فى لبن شياه عدة أو بقرات عدة الا الصاع عبادة وتسليما •

(فرع) اتفق أصحابنا رحمهم الله وأكثر العلماء على أنه لا يجب رد مثل اللبن التالف • لأن الصاع بدل اللبن بدليل قوله صلى الله عليه وسلم « ففى حلبتها صاع من تمر » ، ويفهم المعنى •

وقال ابن حزم : يجب رد مثله مع التمر ان كان تالفا ، وعينه ان كان باقيا ، وذاك فى اللبن الموجود عند العقد ، وأجاب عن الحديث بأن الحلبة مصدر ، واطلاقه على المطلوب مجاز ، ولا دليل عليه ، واتفقوا على أنه ليس عليه رد اللبن الحادث عنده ، والله أعلم •

وقد روى ابن أبى عدى حديث المصرة بلفظ فيه : « وان شاء ردها وصاعا من تمر وكان بما احتلب من لبنها » وهو يدل على أنه بدل المطلوب ، ولكن فى سنده سليمان بن أرقم وهو ضعيف •

فـرـع في هـذـاهـب الطـمـاء

قال ابن أبي ليلى وأبو يوسف : يرد معها قيمة اللبن هكذا نقل
عنهما ابن المنذر وغيره . ونقل ابن حزم عنهما أنه يرد قيمة صاع .
وقال مالك في أحد قوليه يؤدي أهل بلد صاعا من أغلب عيشتهم .
وهكذا قول ابن سريج من أصحابنا . وقال أبو حنيفة ومحمد رضى
الله عنهما : إذا كان اللبن تالفا ليس له ردها ، لكن يرجع بقيمة العيب
فقط ، وإن كان باقيا رده ، ولا يرد معها صاع تمر ولا شيئا هكذا
نقل ابن حزم عنه . والمشهور عنه أنه إذا حلبها امتنع عليه الرد .
ونقل بعض أصحابنا عن أحمد أنه إذا حلبها سقط خياره ، وتعين
حقه في الأرض . وهذا خلاف الحديث ، وعن بعض المالكية أنه لا يرد
معا شيئا . لأن الخراج بالضمان .

(الحالة الثانية) أن يختار الرد قبل حلب اللبن . وهذا إنما
يكون على غير الوجه الذى نقله الشيخ أبو حامد والرويانى ومن
وافقهما عن أبي اسحاق في أنه يمتنع الرد قبل الثلاث ، والمشهور
خلافه . فإذا أراد الرد قبل الحلب ردها ولا شئ عليه وفاقا . فإن
قوله : وإن سخطها ردها وصاعا من تمر ، المراد به إذا كان بعد الحلب ،
والجمع بين طرق الحديث يبين ذلك ، وأيضا المعنى يرشد اليه ،
ونقل ابن عبد البر أنه لا خلاف فيه . ولا يعكر ذلك على قولنا : أنه له
الخيار قبل الحلب .

(الحالة الثالثة) أن يختار امساكها قال الشافعى رضى الله عنه :
إذا رضى بامساكها ثم وجد بها عيبا قديما غير التصرية فله ردها
بالعيب . ويرد بدل اللبن الموجود حالة العقد . وعلى رواية الشيخ
أبى على وجه أنه كما لو اشترى عبيدين وتلف أحدهما وأراد رد الآخر
فيخرج على تفريق الصفقة ، والمذهب الأول ، وبه جزم كثيرون ، وهو
الذى نص عليه الشافعى رحمه الله فى المختصر .

وقال الامام : قطع الامام وصاحب التقريب والصيدلانى أجوبتهم
بذلك . وعن بالامام والده الشيخ أبى محمد ثم استشكله من طريق
القياس بأن المعنى يرشد الى أن الصاع بدل عن اللبن والبهيمة

مع اللبن في ضرعها كالشجرة مع ثمرتها ، فإذا بلغت الثمرة وأراد رد الشجرة دخل هذا في تفريق الصفقة ، قال : هكذا حكم القياس •

ولكن الشافعي رحمه الله وجميع الأصحاب حكموا بما ذكرناه يعني من عدم التخريج على تفريق الصفقة (قال) والسبب فيه أن الرد بالعيب القديم في معنى الرد بالخلف قطعا واللبن في الواقعتين على قصة واحدة ، فرأى الشافعي الحاق الواقعة بالواقعة ، كما رأى الحاق الأمة بالعبد في قوله عليه السلام : « من اشترى شركا له في عبد » وذكر الشيخ أبو على في شرح التلخيص أن من أصحابنا من رد هذه المسألة إلى موجب القياس وخرجها على تفريق الصفقة •

(قلت :) وكلام الشافعي رضى الله عنه في الرسالة في باب الاجتهاد ، يقتضى أن رد الثمر في هذه الصورة بالحديث لا بالقياس ، لكن مراد الامام باللاحق اللاحق في أصل الرد ، لا في ضمان بدل اللبن ، واعتذر الغزالي عن التخريج على تفريق الصفقة في حالة رد المصراة بأن اللبن لا يقابله قسط من الثمن على رأى ، فهو في حكم وصف آخر لا يوجب زواله عيب الباقي • بخلاف العيب الحادث •

فان قلنا : يقابله قسط من الثمن فلا وجه لمخالفة الحديث ، فلنؤيد به جواز تفريق الصفقة ، فانه المختار ، لاسيما في الدوام ، وهذا الذى قاله الغزالي من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمن على رأى الامام ، ذكره في لبن غير المصراة تخريجا على الحمل فقال : الوجه أن نجعل اللبن كالحمل في أنه هل يقابل بقسط من الثمن على رأى الامام ؟ ذكره في لبن غير المصراة تخريجا على الحمل ، فقال : الوجه أن يجعل اللبن كالحمل في أنه هل يقابل بقسط من الثمن ؟ وذكره الغزالي والرافعي هنا في المصراة •

قال ابن الرفعة : ولبن المصراة مخالف لذلك ، اذ هو مقصود فيها بخلافه في غيرها ، ولهذا قال الشافعي رحمه الله : انه اذا أراد رد غير المصراة بعيب لا يرد بدل اللبن ولم يقل الشافعي ولا أحد من الأصحاب بذلك في المصراة ، وقال ابن الرفعة : ان الغزالي أثبت احتمال الامام وجها ، ونقله إلى لبن المصراة ، وهو خلاف ما عليه الأصحاب ، وقال عما ذكره : انه ان قاله تبعا للغزالي فلا عبرة به ، والا ففيه تعضيد لما ذكره الغزالي •

(قلت) وما حكاها الامام عن الشيخ أبى على مفروض في المصراة ، لكن في هذه الحالة التي يتكلم فيها وهي ما اذا اختار امساكها ثم أراد الرد بعيب التصرية فلم يقل أحد فيما علمت بالتخريج على تفريق الصفقة ، لأن ذلك يكون مصادما للحديث ، واذا كان كلام الشيخ أبى على مفروضا في المصراة كان مستندا لما نقله الغزالي في المصراة من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمن على رأى ، والا لم يخرج على تفريق الصفقة عند ارادته الرد بعيب آخر ، وأما امتناع التخريج عند ارادة الرد بالتصرية فيصعد عنه الحديث ، فلذلك لم يصر اليه صائر ، ويبقى فيما عداه على مقتضى القياس ، فليس ما نقله الغزالي والرافعي خارجا عما عليه الأصحاب .

وأما نص الشافعي رحمه الله في غير المصراة فسيأتي الكلام فيه ، وأن ظاهر المذهب خلافه ، وقد اعترض ابن الرفعة على ما نقله الشيخ أبو على من التخريج وقال الامام : انه القياس بأننا انما نخرج على تفريق الصفقة ما هو مقصود كله كأحد العبدین ونحوهما ، وما نحن فيه ليس كذلك ، فان اللبن غير مقصود كالشاة بل هي المقصودة ، واللبن ان قصد فتابع ، ولهذا اغتفرت الجهالة فيه ، والتوابع اذا فانت لا تلحق بالمتبوعات ، ألا ترى أن المبيع اذا ظهر عيبه ، وامتنع رده ، لا نقول : يخرج القول في الباقي على تفريق الصفقة ؟ وان كانت السلامة من العيب مقصودة ، لكنها تابعة لا تفرد بالعقد فاللبن مثلها .

(قلت :) وهذا أميل الى أنه لا يقابل بقسط من الثمن مع انكاره له ، والا فمقتضى المقابلة أنه اذا أراد بتفريق الصفقة يرده ، وقد حكى الجورى قولاً يوافق ما حكاها الشيخ أبو على في امتناع الرد وبخلافه في المأخذ . فقال : ان ظهر على عيب التصرية فلم يرد حتى ظهر على عيب آخر بعد مدة ففيها قولان .

(أحدهما) لا يرد كما لا يرد سلعة اشتراها فظهر منها على عيب فلم يردا حتى ظهر منها على عيب آخر لأنه رضىها معيبة .

(والقول الثانى) يرد ، والفرق بينه وبين السلع أنه يرد معها صاعاً بدلاً للبن المصراة ، فكأنه يرده بعيب واحد وسائر السلع

لا يرد معها شيئاً ، وكان قد رضىه فلا شيء له . قال الجورى : قد يجيء في السلع أنه يرد المصراة ، لأنه رضى بعيب واحد دون الآخر .

(قلت :) وهذا الاحتمال الذى قاله الجورى هو القياس ولا يلزم من الرضا بعيب الرضا بجميع العيوب ، والذى قاله أولا من أن سائر السلع غير المصراة اذا ظهر منها على عيب فلم يرد حتى ظهر على عيب آخر أنه يمتنع الرد ، بعيد لا وجه له ، وما أظن للأصحاب يساعده على ذلك كما حكاه الجورى من القولين ، بل صرح الماوردى والشيخ أبو حامد وغيرهما بخلافه ، فانهم قالوا في هذه المسألة : ان من رضى بعيب ثم وجد غيره لم يمنعه الرضا بما علم من الرد بما لم يعلم ، وجعلوا ذلك دليلا على الرد ههنا . لكنى رأيت في تعليق الطبرى عن ابن أبى هريرة ما يوافقه ، فانه قال في ذلك : منزلته منزلة المشتري سلعة ، فوجد بها عيبين فرضى بأحدهما ، كان له أن يرد بالعيب الثانى ، وقد قيل : انه لا يرد ولكن يرجع بأرث العيب الثانى ، قال : وهو ضعيف ، على أن قوله في هذا الكلام : وقد قيل يحتمل أن يكون في المصراة في المسألة المقيس عليها ، وبالجمله فالمذهب المشهور أن ذلك غير مانع ونقله ابن بشرى في منصوصات الشافعى رضى الله عنه .

وقد حكى ابن الرفعة عن الجورى هذا عند الكلام في بيع البراءة . وقال : لعل وجهه أن في رده ابطال عفو عن الأول فلم يجز ، ولهذا نظر يأتى في الجنائيات وما حكاه الجورى من القولين في المصراة قد وجه هذا القول بالمنع منهما بالقياس على غيرهما من السلع ، ونحن نمنعه حكم الأصل اما جزما واما على المذهب المشهور ، ولئن سلم فالفرق ما ذكره . وتبين بذلك أن مأخذ القول بالمنع الذى حكاه الجورى غير مأخذ الوجه الذى حكاه الشيخ أبو على رحمه الله من التخريج على تفريق الصفقة قوى من جهة القياس ، والحديث يصد عنه ، غير أن القول الذى حكاه الجورى على غرابته وضعفه يعتضد به الوجه الذى حكاه الشيخ أبو على وان اختلفا في المأخذ لتواردتهما على حكم واحد وهو امتناع الرد ، وكلاهما شاهد للرأى الذى حكاه الغزالى والرافعى من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمن وهو مع ذلك ضعيف لمخالفته نص الشافعى رحمه الله .

ولا وجه لمنع التفريخ على تفريق الصفقة إلا اتباع الحديث ،
والا فلقائل أن يقول : ان كان اللبن مقابلا بقسط من الثمن وجب أن لا
يرد بدله ، وقد دل الحديث على رد البديل ، ولذلك جزم الشافعي
رحمه الله وأكثر الأصحاب بأنه مقابل بقسط ، وقطعوا بذلك في باب
الربا ، واستدلوا له هناك بحديث المصراة كما تقدم ، والوجه الذي
حكاه الشيخ أبو علي والجوري في غاية الغرابة ، وما قاله ابن الرفعة
من كون اللبن تابعا تقدم الجواب عنه ، وليس أوصاف السلامة
يتقسط الثمن عليها حتى اذا فات بعضها يتخرج على تفريق الصفقة
بخلاف اللبن فإنه يوافق على أنه يقابله قسط من الثمن ، وكون الشيء
مقابلا بقسط من الثمن أخص من كونه مقصودا . هذا ما ذكره كثير
من الأصحاب .

وفصل الماوردي رحمه الله فقال : ان كان بعد العقد علم بالتصرية
ورضى ثم وقف على عيب آخر فله الرد ، لا يختلف أصحابنا فيه ،
ويرد معها صاعا من تمر وان كان علمه بالتصرية مع العقد ثم وقف
على عيب آخر فوجهان ، خرجهما ابن أبي هريرة من تفريق الصفقة
ففتحنا في هذه المسألة على ثلاث طرق ، وفي الرونق جزم بردها .

وحكى في رد الصاع التمر معها قولين ، وهذه طريقة رابعة ، غريبة ،
فهذه الأحوال الثلاث اللاتي تقدم الوعد بذكرهن ، والحالة الرابعة
وهي ما اذا كان اللبن باقيا سيأتى في كلام المصنف ان شاء الله تعالى .

(فرع) اذا قلنا بأنه لا يرد تخريجا على أنه لا تفرق الصفقة
فله الأرش ، قاله البندنجي في غير المصراة كما سيأتى ان شاء الله
تعالى وقياسه أن يأتى هنا .

(فائدة) قال الجوري : ان قال قائل : اذا كان الصاع انما يرده
بدلا للبن التصرية الذي تضمنه العقد ، فقد ردت العين مع قيمة
النقص ، فهلا كان هذا أصلا لكل نقص عند المشتري أنه يرده وقيمة
النقص ؟ قيل : لأن المقصود في الشاة عينها ، واللبن تابع فقد رد
العين بكمالها ورد قيمة التالف ، واذا أراد شيئا نقصت عينه لم يرد
العين بكمالها لأن الكل مقصود ، ولو جاز أن يردها وقيمة النقص
لجاز أن يرد قيمتها كلها اذا تلفت (فان قيل) كذا نفعل لرد قيمتها كلها

وان تلقت وهو قول أبي ثور (قلنا) هذا تدفعه السنة ، لأنه قيل
« فهو بالخيار فيها ان شاء ردها وصاعا من تمر » ، فانما جعل له الخيار
في قيمتها ، والله أعلم .

(فرع) اذا لم يعلم بالتصرية الا بعد تلف الشاة تعين
الأرض ، وقد تقدم الآن عن أبي ثور أنه يرد قيمتها ، والله أعلم .

(فائدة) قول الغزالي رحمه الله فيما تقدم قريبا فهو في حكم
وصف آخر لا يوجب زواله عيب الباقي بخلاف العيب الحادث .
قال ابن أبي الدم : انه كذلك وصوابه أن يقول بخلاف أحد العبدین
الباقيين ، فان موت أحدهما يوجب في الباقي عيبا ، وهو تفريق الصفقة ،
وليس للعيب الحادث هنا حدث ، بل العيب يمنع الرد بالعيب القديم .
فقال ولتكلف أن يتكلف تصحيح كلامه بجواب بعيد فيقول : مراده
بالعيب الحادث الحاصل بتفريق الصفقة في أحد العينين بعد تلف
العين الأخرى ، وهذا تكلف بعيد . انتهى . ولم يتعرض ابن الرفعة لهذا
السؤال .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان قيمة الصاع بقيمة الشاة أو أكثر ففيه وجهان ، قال
أبو اسحاق : يجب عليه قيمة صاع بالحجاز ، لأننا لو أوجبنا
صاعا بقيمة الشاة حصل للبائع الشاة وبذلها ، فوجب قيمة الصاع
بالحجاز لأنه هو الأصل . ومن أصحابنا من قال : يلزمه الصاع ،
وان كان بقيمة الشاة أو أكثر . ولا يؤدي الى الجمع بين الشاة
وبذلها ، لأن الصاع ليس ببذل عن الشاة ، وانما هو بدل عن اللبن .
فجاز كما لو غصب عبدا فخصاه فانه يرد العبد مع قيمته ، ولا
يكون ذلك جمعا بين العبد وقيمته لأن القيمة بدل عن العضو
المتلف) .

(الشرح) هذا من بقية الكلام في الحالة الأولى . وهي ما اذا
أراد رد المصراة بعد تلف اللبن ، وتقدم من المصنف رحمه الله اطلاق
القول في جنس الواجب وبيننا الكلام في مقداره وأن من الأصحاب من
أطلق حكاية الخلاف في تفاوت المقدار ومنهم من خصص ، فمن
المخصصين المصنف فيما ذكره هنا ، وهو اذا كانت قيمة الصاع

الواجب قدر قيمة الشاة أو أكثر ففيه الوجهان اللذان حكاهما المصنف رحمه الله . ومن حكاهما كذلك مثل ما حكى المصنف شيخه انقاضي أبو الطيب ، ولكنه فرض فيما إذا كان التمر يأتي على ثمن الشاة أو على الأكثر منه . فهذا يقتضي أنه إذا كانت قيمة الصاع أقل من قيمة الشاة ولكنه يأتي على أكثرها أنه يجري الوجهان . وجوزت أن يكون ما وقفت عليه من تعليق أبي الطيب فيها زيادة لا يوافق كلام المصنف رحمه الله ابن الصباغ في الشامل وهو كثير الاتباع للقاضي أبي الطيب .

وفرض المسألة فيما إذا كانت قيمته قيمة الشاة أو أكثر من نصف قيمتها فحصل الوقوف بما في تعليق أبي الطيب ، لأن الأكثر من ثمن الشاة هو ما زاد على نصفه . وكذلك قال الروياني والرافعي رحمهم الله : أن منهم من خص هذا الوجه بما إذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة . قطع بوجوب الصاع إذا نقصت عن النصف . هكذا حكاه الرافعي رضي الله عنه من غير تعيين ، وحكاه الروياني عن أبي اسحاق . فهذه النقول متفقة على أن أبا اسحاق قائل بذلك فيما إذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة .

وقد حكى الامام عن العراقيين الوجهين ، وفرض المسألة فيما لو بلغت قيمة الصاع قيمة الشاة أو زادت . وذلك يوافق ما حكاه المصنف رحمه الله . ثم حكى عن العراقيين أيضا أنه ان زادت قيمة الصاع على مثل نصف قيمة الشاة فالوجهان جريان وليس في شيء من ذلك منافاة ، فان كلام المصنف رحمه الله ساكت عن حكم ما إذا زادت عن النصف ونقصت عن الشاة .

وكلام أبي الطيب ومن وافقه فيه زيادة بيان أن الخلاف فيها أيضا ، والقطع فيها إذا نقص عن النصف . وقد تقدم عن بعضهم إطلاق حكاية الخلاف . ولو كانت قيمة الصاع مثل نصف قيمة الشاة أو أقل وجب رده عند أبي اسحاق . صرح به الشيخ أبو حامد وغيره . وقال سليم : انه لا خلاف فيه على المذهب . وفي تعليق أبي حامد من طريق البندنجي والمجرد منها ذكر الوجهين في النصف كالأكثر . وذكر العجلي في كلامه على الوسيط والوجيز وجهها بالتعديل أبدا أي أنه لا فرق بين أن يكون أقل من النصف أو أكثر ، وهذا هو الوجه

الذى تقدمت حكايته عن الخراسانيين في ذكرهم للخلاف على الاطلاق
في تفاوت ذلك يتفاوت اللبن ، وزيادة قيمة التمر على الشاة أو نصفها ،
فرضوه في بلاد يكون التمر بها عزيزا كخراسان .

والوجهان في المسألة على هذا الوجه المخصوص مشهوران في
طريقة العراقيين ولم يذكرهما غيرهم ، الا من حكاها عنهم كالامام
والغزالي ومن وافقهما ، وذكرهما على الاطلاق كما تقدم لا يعرف
الا في طريقة الخراسانيين ، والعلة التي ذكرها المصنف رحمه الله للوجه
الأول انما تظهر في الفرض الذي فرضه هو . لا فيما فرضه
أبو الطيب وموافقوه . ولعل المصنف رحمه الله انما عدل عن الصورة التي
فرضها أبو الطيب لذلك حتى يصح استدلاله . وفي كلام الامام تعليقه
بمعنى يمكن اطراده فيهما ، فانه قال : ان الرسول صلى الله عليه وسلم
وان نص على الصاع من التمر فقد أفهمنا أنه مبذول في مقابلة شيء
فأنت من المبيع يقع منه موقع التابع من المتبوع ، فينبغي أن لا يتعدى
على هذا حد التابع ، والغلو في كل شيء مذموم ، وقد يغلو المبيع للفظ
الشارع فيقع في مسلك أصحاب الظاهر .

ووجه الغزالي رحمه الله بأننا نعلم أنه عليه السلام قدره به ،
لأنه وقع في ذلك الوقت قريبا من قيمة اللبن المجتمع في الصرع ، ولك
أن تقول : ان هذا يقتضى أن لا يضبط ذلك بنصف قيمة الشاة ،
وانا اذا علمنا زيادة قيمة الصاع على ما في زمان النبي صلى الله عليه
وسلم لم نوجبه ، وعلة العراقيين سالمة عن هذا السؤال ، ولكن هذا
يوافق الوجه المذهب بأن الوجه من التمر بمقدار قيمة اللبن مطلقا ،
وسيأتى في التفريع ايضاح لهذا ان شاء الله تعالى .

وممن نسب هذا الوجه الى أبي اسحاق كما نسب المصنف شيخه
أبو الطيب والبندنجي وسليم وابن الصباغ رحمهم الله . وقال سليم :
انه أصح ، وهذا الوجه يرى أنه لا يجب الصاع في هذه الحالة ،
وسنذكر في التفريع حقيقة ما يوجبه ، ونعرض فيه الى لفظ المصنف
ان شاء الله تعالى .

والوجه الثاني حكوه عن الأصحاب ، وهو الأصح ، وممن صححه

الجرجاني والرافعي وابن أبي عسرون أنه يلزمه الصاع وإن زادته قيمته على قيمة الشاة للحديث ، وإطلاق نص الشافعي رضي الله عنه أيضا يقتضي ذلك ، ولكنه غير مصرح به إنما صرح أنه لا فرق بين أن يكثر اللبن أو يقل ، ولا فرق بين أن تكون قيمته وقيمة اللبن سواء أو متفاوتة كما تقدم عنه . وأما قيمة الصاع مع قيمة الشاة فلم يتعرض لها في ذلك الكلام ، لكن إطلاقه يقتضي أن لا فرق أيضا ولأن الصاع يدل عن اللبن فلم يدل على مساواته له ، فإذا لم تعتبر مساواته له فقدم اعتبار مساواته للشاة أولى ، وقد تقدم عن حكاية الشيخ أبي محمد أن ابن سريج مال إلى ذلك القول ، ولعله المراد ببعض الأصحاب هنا ، وقد أجاب المصنف عما تمسك به أبو إسحاق فيما ذكره ، وهو حق ، والمسألة التي استشهد بها فيما إذا غصب العبد وخصاه صحيحة على القول الجديد ، أن جراح العبد تنقدر من قيمته كجراح الحر من ديته ، فإنه على هذا يجب عليه كمال القيمة ، وعلى القديم وهو أنها لا تنقدر ، فالواجب ما نقص من القيمة ، فإن لم ينقص شيء فلا شيء عليه وإن نقص وجب عليه ذلك النقص وهذا مبين في باب الغصب .

وقد يكون النقصان زائدا على نصف القيمة كما لو قطع يديه ورجليه ونقص من قيمته أكثر من النصف ، فإنه على القديم يصح الاستشهاد بهذه المسألة أيضا فإنه يردده ويرد أكثر من نصف قيمته على القديم ، والقاضي أبو الطيب لم يستشهد بما ذكره المصنف رحمه الله ، وإنما استشهد بما إذا باع سلعة بعبد قيمة كل منهما ألف ، ثم يزيد العبد فتبلغ قيمته ألفين ، ويجد المشتري في السلعة عيبا فيردها ويسترجع العبد ، وقيمته ألفان ، وذلك قيمة الثمن والمثلن . وما استشهد به المصنف رحمه الله تبع فيه الشيخ أبا حامد ، وهو أولى ، لأن الزيادة هنا في القيمة فقط ، والعين المستردة واحدة لم يسترجع معها شيئا آخر ، ومسألة الغصب استرجع مع العبد الناقص قيمته فكان نظير استرجاع الشاة التي ذهب لبنها مع صاع يساوي قيمتها .

وقد يقول المنتصر لأبي إسحاق : إن الأصل في المصراة ضمان اللبن المتألف ببدله على قياس المتلفات ، لكن الشارع جعل الصاع بدلا لما في ذلك من قطع النزاع مع قرب قيمة الصاع من قيمة اللبن

في ذلك الوقت غالبا ، فإذا زادت قيمته على ذلك زيادة مفرطة فيغسل
أقامته بدلا عن لبن لا يساوى جزءا منه يقع موقعا بخلاف ضمان
ما فات من العبد المغضوب فإن ذلك واجب متأصل .

(والجواب) عن هذا أن الشرع لما أوجب في لبن الغنم ولبن
الابل مع العلم بتفاوتيهما تفاوتا ظاهرا بدلا واحدا ، علم أن ذلك
يدل في جميع الأحوال والشرع إذا أناط الأمور المضطربة بشيء منضبط
لا ينظر إلى ما قد يقع نادرا ، وإذا وقع ذلك النادر لا يلتفت إليه
بل يجرى على الضابط الشرعي ، لاسيما والمستقري وهنا يتمكن من
الامساك ، فإن أراد فسييله ردا ما جعله الشرع بدلا .

وقول الامام : ان الغلو مذموم (جوابه) أن المعنى إذا ظهر وسلم
وجب اعتباره ، وإذا لم يسلم وجب اتباع اللفظ . ولا يسمى ذلك
غلو مذموما ، والمختص بأهل الظاهر الذي ذموا به هو التمسك
باللفظ مع ظهور المعنى وصحته بخلافه ، والعالم في الحقيقة هو الجامع
بين اللفظ والمعنى ، والله أعلم .

وقال صاحب الوافي فيما أجاب به المصنف عن قول أبي اسحاق
بأن الصاع - وإن كان قيمة اللبن - إلا أنه لم يكن مقصودا ،
وانما كان على سبيل التبع ، ولا يزيد على قيمة المتبوع الذي هو الشاة ،
وهذا الكلام ليس بالقوى بالنسبة إلى ما تقدم ، ونقل الامام عن
صاحب التقريب أنه قطع جوابه باعتبار قيمة الوسط في صورة الوجهين .

(التقرير) ان قلنا بالأصح ووجوب الصاع للاتباع فلا اشكال
(وان قلنا) بالوجه الأول ، وقول أبي اسحاق : أنه لا يجب الصاع
في هذه الحالة فقد قال المصنف رحمه الله : أنه يجب عليه قيمة صاع
بالحجاز ، وهكذا قال جماعة من العراقيين والرافعي رحمه الله .

وقال القاضي أبو الطيب : أنه يقوم بقيمة المدينة وهو أخص ،
فإن الحجاز يشمل مكة والمدينة واليمامة ومخاليفها ، كما فسره
الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم ، وذكره المصنف في كتاب الجزية ،
نسأل الله تعالى أن ييسر علينا الوصول إلى ذلك المكان في خير وعافية .

وقال ابن الرفعة : ان من أطلق الحجاز أراد المدينة كما قاله
المفاضي أبو الطيب لأن الخبر ورد فيها ، ويوافقه ما تقدم عن الماوردي

أنه عند الأعواز يرجع الى قيمة المدينة على أحد الوجهين . هذا ما ذكره المراقبون على قول أبي اسحاق وأما الألم فله قال : ان لم نر ايجاب الصاع في هذه الصورة اعتبرنا القيمة الوسط للتمر بالحجاز واعتبرنا بحسب ذلك قيمة مثل ذلك الحيوان اللبون بالحجاز وإذا نحن فعلنا هكذا جرى الأمر في المذول على الحد المطلوب ، وهكذا الكلام من الامام فيه اجمال .

وقال الغزالي في الوسيط : على هذا الوجه يعدل بالقيمة ، فنقول قيمة الشاة وسط ، وقيمة صاع وسط في أكثر الأحوال (فان قيل) هو عشر الشاة مثلا ، أوجبنا من التمر ما هو قيمة عشر الشاة ، وكذلك قال ابن عبد السلام في اختصاره للنهاية : انه يعتبر قيمة تلك المصرة بالحجاز ، والقيمة المتوسطة للتمر بالحجاز فيجب من التمر بهذه النسبة ، وكلام الامام المذكور كالظاهر في هذا المعنى وتنزيله عليه ، ولم يذكر الامام في التفريع على الوجه الذي لحكاه المراقبون في هذه الصورة غير ذلك ، لأن الوجهين المذكورين على مقتضى نقله يتفرعان على أن الواجب هو الصاع .

وأما الوجه الآخر الذي حكاه في صدر كلامه أن الواجب مقدار قيمة اللبن من التمر كيف كان ، فلم نذكره هنا ، لأنه قسيم الوجه الذي عليه يفرع ، فلذلك لم يذكر هنا الا وجه التعديل ، وعبارته بعد ذلك في لبن الجارية المصرة قدر قيمة اللبن من التمر أو القوت لا يناقض ذلك ، لأن مقصوده به الوجه المذكور هناك في صدر كلامه ، ولا يجيء عليه قول التعديل .

وقول الغزالي : اذا قيل : هو عشر الشاة مثلا أوجبنا من التمر ما هو قيمة عشر الشاة ، مراده — والله أعلم — بالشاة الأولى الشاة الوسط ، وبالشاة الثانية الشاة المصرة المبيعة ، مثاله اذا قيل : قيمة الصاع الوسط في الغالب درهم وقيمة شاة وسط في الغالب عشرة ، وقيمة الشاة المبيعة خمسة ، فانا نوجب من الصاع نصف عشر ما يساوى عشر قيمة الشاة ، كما اذا كان الصاع في ذلك الوقت مثلا بخمسة ، فنوجب منه عشرة ، وهو يساوى نصف درهم ، وان كان الصاع في ذلك الوقت يساوى ثلاثة ، فوجب سدسه ، لأنه يساوى عشر قيمة هذه الشاة وهو نصف درهم .

إذا عرف ذلك ففسد نقل الرافعي رحمه الله عن الامام أنه يعتبر القيمة الوسط للتمر بالحجاز ، وقيمة مثل ذلك الحيوان بالحجاز ، فإذا كان اللبنة عشر الشاة مثلا أوجبنا من الصاع عشر قيمة الشاة ، ولم أر في النهاية الا ما حكته قبل ذلك من الكلام الذي فيه اجمال ، ونسبت الكلام الذي فيه اجمال الى والكلام الذي بعده في الجارية ، وقد ثبت أنه لا تناقض بينهما ، وأن كلام الامام الاول منزل على ما قاله الغزالي وبين الغزالي والرافعي اختلاف فان الغزالي ينسب قيمة الصاع من قيمة الشاة ، فإذا كان قيمة الصاع عشر قيمة الشاة أوجب عشر الصاع وأول كلام الرافعي رضى الله عنه يقتضى ذلك ، لكن آخره يقتضى نسبة اللبنة من قيمة الشاة فانه قال : فإذا كان اللبنة عشر الشاة مثلا أوجبنا من الصاع عشر قيمة الشاة ، واللبنة لم يجر لها ولا لتقويمه ذكر ، وانما ذكر التمر فالوجه أن يقول : فإذا كان التمر وقد جوزت أن يكون ذكر اللبنة بدل التمر سهوا من ناسخ ، لكنه هكذا فيما وقفت عليه من النسخ وفي نسخ الروضة أيضا . فأول كلام الرافعي وآخره لا يلتزمان التثاماً ظاهراً ، الا أن يكون المراد بقيمة اللبنة على حذف مضاف ويكون المراد بقيمة اللبنة التمر ، لأنه بدله ، وذلك تعسف على أنه يمكن أن يقال بالآخر فقط بأن يقوم اللبنة وتقوم الشاة وينسب قيمة اللبنة منها ، لكن صدر كلام الرافعي وكلام الامام يأبى ذلك ، ويقتضى تقويم التمر ، وأيضا لا أعلم أحدا من الأصحاب قال بتقويم اللبنة ، ثم ان كلام الرافعي والغزالي رحمهما الله متفقان على أنا بعد النسبة نوجب من الصاع ما اقتضته النسبة ، فنوجب في المثال المذكور أن يرد من الصاع تمرا يساوى عشر قيمة الشاة ، وذلك مخالف لما قاله جميع العراقيين من أن الردود فيه الصاع بالحجاز وبين الكلامين تفاوت ظاهر .

والظاهر من كلام العراقيين أنه لا يرد شيئا من التمر . قال ابن الرفعة : وهو الأشبه بمذهب أبى اسحاق فانه يرى أن الصاع من التمر أصل لأجل الخبر كيف كان الحال ، وأنه الواجب ، وما يوجد يكون بدلا عنه ولا يجوز أن يجعل بعض صاع بدلا من صاع .

(فرع) هو من تنمة الكلام في ذلك . اشترى شاة بصاع تمر

ثم أراد ردها بالتصرية ففيه وجهان حكاها الماوردي في الحاوي وغيره .
 (أحدهما) وهو الأصح يردها ويرد معها صاعا ، ولا اعتبار
 بزيادة الثمن ونقصه كما لا اعتبار بقلّة اللبّ وكثرته ، ولا يكون ذلك
 ربا ، لأن الربا في العقود لا في الفسوخ ، قال صاحب التتمة :
 إلا أن ذلك سوء تدبير منه في المال فيقتضى الحجر (قلت) ومتى
 فرض الأمر كذلك فينبغي امتناع الرد ، لأنه سفه كما تقدم لنا ،
 فيما إذا صارفه دراهم بدنانير على عينها ، وخرج ببعضها عيب كخشونة
 الفضة وقلنا بجواز التفريق .

(فإن قلنا) الاجازة بكل الثمن قال القاضي أبو الطيب : لم يكن
 له حظ في رد المعيب ، لأنه سفه فنبيقه على ملكه أصلح له ، وقد تقدم
 ذلك ، وأن غير أبي الطيب يشعر كلامهم أنه يتعين العدول الى قول
 الاجازة بالقسط ، قياس ذلك أن يتفقوا على امتناع الرد ، ورد الصاع ،
 ثم أما أن يمنع الرد مطلقا وهو قياس قول أبي الطيب وأما أن يرجع الى
 القول الآخر الذي سيأتي ، وهو قياس الاحتمال الآخر في مسألة
 الصرف فراجع هناك .

(والوجه الثاني) في هذا الفرع أنه يرد بقدر نقص التصرية من
 الثمن لأن الرد لاستدراك النقص ، فعلى هذا يقوم الشاة لو لم
 تكن مصراة فاذا قيل عشرة قومت مصراة ، فاذا قيل ثمانية ، علم أن
 نقص التصرية هو الخمس ، فيرد المشتري معها خمس الصاع الذي
 اشتراها به ، فهذا الوجه الذي في هذه الصورة هو موافق لما
 قاله الغزالي والرافعي ، فتأيد ما قالاه به .

قال ابن الرفعة : لا ، لأن ما قاله الغزالي فيما إذا ساوت قيمة
 الصاع قيمة الشاة لا الثمن ، وما ذكره الماوردي فيما إذا ساوى
 الصاع الثمن وبينهما فرق ، لأن التمر قد يكون بقدر قيمة الشاة ،
 وقد يكون أكثر منها ، وقد يكون أقل ، نعم الغالب مقارنة الثمن للقيمة ،
 وهذا الوجه قائله ناظر فيه الى الغلبة ، ومع هذا يصح أن تعضد
 المخلاف الذي ذكره الغزالي به . وفي هذا الفرع وجه ثالث ذكره
 الجوري أنه يرد الشاة وقيمة اللبّ ذهبا أو ورقا ، قياسا على ما
 إذا اشترى حليا بمثله من الذهب ، ثم وجد به عيبا وحدث عنده

عيب • ووجه رابع مجزوم به في تعليق الطبري عن ابن أبي هريرة أنه يردّها ولا شيء عليه •

(فرع) هذا الذي تقدم من اعتبار قيمة الحجاز أو المدينة • هو الذي ذكره أكثر العراقيين • وقد تقدم عن الماوردي فيما إذا أعوز التمر حكاية وجه أنه يعتبر قيمة أقرب البلاد إليه تفريعا على قول أبي اسحاق • وقياس ذلك أن يأتي هنا فانه لا فرق بين أن يعوز التمر وبين أن يجوز له العدول الى القيمة ، فاذا ضمنت ذلك وما قاله الغزالي رحمه الله في كلام المصنف رضى الله عنه حصل لك في هذه المسألة - أعنى مسألة الكتاب - أربعة أوجه (أصحها) وجوب الصاع (الثاني) وجوب قيمته بالمدينة (الثالث) وجوب قيمته بأقرب البلاد إليه (الرابع) وجوب بعض صاع لمقتضى التوزيع ، ليس في الفرع الذي قاله الماوردي الوجهان اللذان ذكرهما عند إمكان رد التمر ، وما حكيناه عن الجوري وابن أبي هريرة ، وأما أن أعوز فسيأتى إن شاء الله تعالى •

(فرع) إذا أوجبنا رد الصاع التمر فيما إذا اشتراها بتمر وهو الأصح ، فلو أنه رضى بها ثم أراد الاقالة قال القاضي حسين ومصاحب التتمة : ان قلنا الاقالة عقد فلا يجوز لأنه يلزمه أن يرد بدل اللبن تمرا ، فكأنه باع شاة وصاع تمر بتمر •

(وان قلنا) الاقالة فسخ جاز ، لأن الفسوخ لا ربا فيها (قلت) وهذا الخلاف في الاقالة يأتي على كل من الوجهين اللذين حكاهما الماوردي ، وأما الذي حكاه الجوري أنه يرد قيمة اللبن نقدا فيجوز ، سواء قلنا الاقالة بيع أو فسخ •

(فرع) عن البندنجي أنه يعتبر قيمة الرد كرجل أقرض رجلا صاعا من تمر بالحجاز ، ولقيه بخراسان ، له مطالبة بقيمة الحجاز يوم المطالبة ، وليس له مطالبة بالتمر ، كذا هنا ، وكذلك يقتضيه كلام الشيخ أبي حامد (قلت) فلو فرضنا قيمة التمر يوم الرد بالحجاز كثيرة تزيد على نصف قيمة الشاة لغلاء سعر التمر ورخص الشاة ، فكيف الحال في ذلك (يمكن) أن يقال يلزمه ذلك كما في القرض • ويمكن أن يقال يتعين التمر لأنه الأصل ولا فائدة في العدول عنه ،

وقد تقدم من كلام الامام أنه يعتبر القيمة الوسط ، وينبغي أن يحمل ذلك على الوسط من الأنواع حتى يكون موافقا لكلام البندنجي ، لكن قول الغزالي في أكثر الأحوال ظاهر بخلافه ، وأنه لا يعتبر وقت الرد ، وما قاله العراقيون أقل .

(فرع) الذي يقول بإيجاب شيء من التمر فيما إذا اشترى شاة بصاع تمر وردها بالتصرية بمقتضى التوزيع . قال ابن الرفعة : ليت شعري ماذا يقول عند فقد التمر فليته قال والظاهر أنه يقول : يرد ما اقتضاه التوزيع من القيمة ، وعلى ما ذكره العراقيون يكون الواجب قيمة صاع من تمر الحجاز كما سلف ، وتقدم وجه آخر عن الحاوي أنه يجب قيمة صاع تمر بأقرب بلاد التمر إليه . (قلت) وما قاله أنه ظاهر متعين على هذا الوجه وحينئذ يكون في هذه الصورة أربعة أوجه (أصحابها) إيجاب قيمة بعض الصاع بالمدينة (والثاني) قيمة الصاع بأقرب البلاد (والثالث) إيجاب قيمة بعض الصاع بالمدينة على ما اقتضاه التوزيع (والرابع) إيجاب بعض قيمة صاع بأقرب البلاد إليه ، وقد تقدم ما ذكره الجوري وابن أبي هريرة .

(فائدة) قول المصنف رحمه الله : لأنه هو الأصل ، أي لأن التمر هو الأصل . كذلك صرح به الشيخ أبو حامد ، فيحمل كلام المصنف عليه ، ويكون المعنى أن صاع التمر بالحجاز هو الأصل ، فإذا تعذر رده رجعنا إلى قيمته بالحجاز كمن أقرض تمرا بالحجاز ولقيه بخراسان فطالبه بقيمة الحجاز .

(فرع) رأيت في شرح التنبيه لابن يونس أنه إذا أراد قيمة الصاع فانا نوجب فيه صاعا من تمر بالحجاز ، ويشبه أن يكون في النسخة تصحيف ، ولعله يوجب قيمة صاع ، والله أعلم .

(فرع) تقدم في جنس الواجب رده مع المصراة سبعة أوجه ، وفي مقداره أربعة أوجه (أصحابها) صاع تمر (والثاني) بقدر قيمة التمر (والثالث) أن زاد الصاع فيما يقتضيه التعديل والاوجب الصاع (والرابع) أن زاد فالواجب القيمة بالحجاز والا فالواجب الصاع ، ولم يقل أحد فيما أعلم أنه أن زاد الصاع فالواجب قيمة الصاع من التمر والاوجب التمر ، فإذا خلطت الأوجه بعضها ببعض

وجمعتهما حصل لك فيما ترده مع المصرة خمسة وعشرون وجها من ضرب الأربعة في ستة .

(وأما) السابع وهو ما حكاه أبو محمد فلا يأتي خلاف في المقدار فيه ، وترتيبها هكذا (أصحها) أن الواجب صاع من تمر مطلقا - كثر اللبن أو قل - زادت قيمته أو نقصت (الثاني) صاع من القوت الغالب (الثالث) صاع على التخخير بين الأقوات ما عدا الأقط (الرابع) التمر أو ما هو أعلا منه (الخامس) التمر أو غالب قوت البلد (السادس) لو كان التمر موجودا فصاع منه والا فصاع من الغالب فهذه ستة ، ومثلها أن الواجب بقيمة اللبن من هذه الأشياء على الخلاف فيها صارت اثني عشر ، وستة ان زادت قيمة الصاع على الشاة أو نصفها فالواجب ما يقتضيه التعديل من هذه الأشياء الستة على الخلاف فيها وإن لم تزد فالواجب الصاع من الأمور المذكورة فهذه ثمانية عشر وستة ، أنه ان زادت قيمة الصاع فالواجب قيمته والا فهذه الأشياء الستة على الخلاف ، والخامس والعشرون ما حكاه الشيخ أبو محمد من الجري على قياس المضمونات وهو أضعفها ، ولا يمكن أخذه مع الأربعة ، والله أعلم .

(فرع) فان كان باع الشاة المصرة بصاع من تمر ، فيجىء فيها بمقتضى التركيب ثمانية وعشرون وجها ، هذه الخمسة والعشرون المذكورة وثلاثة أخرى (أحدها) أنه يجب من الصاع بقدر نقص التصرية من التمر (والثاني) يرد قيمة اللبن ذهابا أو قسمة (والثالث) يردها ولا شيء عليه ، فقد تقدم ذلك ، وأعلم أن تركيب هذه الوجوه ذكر لتستفاد ويعرف كيفية النظر في ذلك ولكن اثباتها لذلك متوقف على أن كل واحد من أصحاب الوجوه قائل بالوجوه التي تركب معها ، حتى يصح التركيب ، وقد فعل الأصحاب مثل ذلك في مواضع ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن كان ما حلب من اللبن باقيا فأراد رده ففيه وجهان ، قال أبو إسحاق : لا يجبر البائع على أخذه لأنه صار بالحلب ناقصا لأنه يسرع إليه التغير فلا يجبر على أخذه . ومن أصحابنا من قال : يجبر لأن نقصانه حصل لحض يستعلم به العيب فلم يمنع الرد ،

ولأنه لو لم يجز رده لنقصانه بالحلب لم يجز افراد الشاة بالررد . لأنه افراد بعض العقود عليه بالررد ، فلما جاز ذلك هنا - وان لم يجز في سائر المواضع - جاز رد اللبن هنا مع نقصانه بالحلب ، وان لم يجز في سائر المواضع) .

(الشرح) هذه الحالة الرابعة من أحوال رد المصرة ، وهي اذا أراد ردها بعد حلب اللبن باق ، وهذا على قسمين (أحدهما) أن يكون قد حمض وتغير فلا خلاف أن البائع لا يكلف أخذه (والثاني) أن لا يكون كذلك ، وهي صورة الكتاب ففيها وجهان (أحدهما) وهو قول أبي اسحاق أنه لا يجب على البائع أخذه لما ذكره المصنف رحمه الله وفيه تنبيه على أنه ليس من شرط المسألة أن يأتي عليه زمان ، بل لو كان عقب الحلب لم يجب أخذه ، لأنه صار يسرع اليه التغيير ، فنقص عما كان في الضرع ، وقول المصنف رحمه الله بعد ذلك : فلا يجبر على أخذه ، تأكيد لأنه قد ذكر ذلك أولا ، ويمكن تعليل هذا الوجه أيضا بأن اللبن الموجود عند العقد الذي يستحق بدله اختلاط باللبن الحادث المختص بالمشتري ، فاذا سمح به لا يجبر البائع على قبوله ، وهذا قد يخذشه الخلاف المذكور في الأخبار في مسألة اختلاط الثمار ومسألة النعل ، ومسألة الحنطة المختلطة ، فيكون الاقتصار على العلة الأولى أولى .

(وقد يقال) انه لا يصر الى الأخبار في المسائل المذكورة الا للضرورة ، ألا ترى أن النعل اذا لم يكن نزع معيبا فلم ينزعه لا يجب قبوله ؟ وهنا لا ضرورة تدعو الى قبول اللبن لا مكان رد التمر الذي قدره الشرع ، ومن صحح هذا الوجه ابن أبي عصرون والرافعي رضي الله عنهما . وقال الروياني في البحر : انه الأصح عند جمهور أصحابنا . وبه جزم الماوردي .

(والوجه الثاني) أنه يجب على البائع قبوله ، ويجبر عليه لما ذكره المصنف . والاعتذار بكون ذلك لاستعلاء العيب ، وهو الذي ذكره القاضي أبو الطيب . مستتر على الأظهر من القولين في تلك المسألة ، وكأنه اذا كسر منه قدر ما يفرق به العيب فرد قهرا ، وقاسوه على مسألة المصرة ، هذا والقول الثاني في تلك المسألة بمسألة المصرة التي قاسوا عليها رد الشاة بدون اللبن ، فانه جائز

قولا واحدا مع النقصان الذى حصل فيها بالحلب ، لأجله أن ذلك لاستعلام عيب الشاة ، وليس مرادهم مسألة اللبن التى فيها . اذ لا يحسن تخريج قول على وجه ، وحينئذ فمسألة اللبن هذه فرد من أفراد تلك المسائل المسندة الى رد المصراة بعد نقصها بالحلب .

(الثانى) أنه اذا كان النقص الذى يستقل به العيب غير مانع على الأظهر من القولين فى تلك المسائل وبلا خلاف فى رد الشاة نفسها بعد الحلب ، فلم لا كان هنا فى رد اللبن كذلك ؟ ولم حكم الجمهور بأن الصحيح عدم الاجبار ؟

(فالجواب) أن اللبن لم يظهر فيه عيب قديم يقتضى رده بخلاف الشاة ، وما لا يوقف على عيبه الا بكسره فأنه مشتعل على عيب قديم بسببه يرد ، فنقصه لاستعلام عيبه ، واللبن نقصه لاستعلام عيب غيره وهو الشاة والحاقة بما نقصه لاستعلام عيبه يحتاج الى بيان ، والتمييز بين النوعين كاف فى الفرق (وأيضا) النقص لاستعلام العيب لو قلنا بأنه يمتنع فى غير هذا الموضع لأدى الى بطلان رد المعيب ، وههنا لا يؤدى الى ذلك ، لأن الشرع جعل اللبن بدلا يرده مع الشاة المعيبة ، واللبن ليس بمعيب فلا يلزم من اغتفاره فى محل الضرورة اغتفاره حيث لا ضرورة .

(الثالث) أنا على القول بالرد فيما نقصت قيمته بكسره ، نقول بأنه يلزم الأرض على قول ، وان كان الأظهر خلافه ، وأما ههنا على الوجه بأن له رد اللبن لا تعلم أحدا قال بأن المشتري يقرم مع ذلك تفاوت ما بين قيمة اللبن فى الضرع وقيمه مطلوباً . وهذا يحرك لنا بحثاً ، وهو أن التمر ينقسم على الشاة ، واللبن الذى فى ضرعها ، كما تقدم ، وذلك باعتبار قيمتهما ، فهنا تعتبر قيمة اللبن فى الضرع أو بعد الحلب ؟ وقد يقال أنه فى الضرع لا يمكن تقويمه كالحمل فى البطن ، لكننا اذا كنا تعلم أنه بعد الحلب أنقص مما فى الضرع ، وحين المقابلة كان فى الضرع ، والمعتبر فى التقسيط وقت العقد ، فهذا البحث حركته لننظر فيه ، فان كان يعتبر قيمته فى الضرع وبالحلب ينقص عن ذلك ، فكان قياس ذلك الوجه ايجاب الأرض ، ولا أعلم من قال به . وان كان يعتبر قيمته بعد الحلب فلا نقص حينئذ ولا يحتاج أن يعتذر بأنه نقص حدث لاستعلام العيب .

(الرابع) أنا إذا قلنا بأن للمشتري رد اللبن فهل له أمسكه ورد
الشاة ؟ قال صاحب القنمة : ان كان قد أمسكها زمانا يحدث في مثله
لبن لا يكلف الرد ، لأن الحادث بعد العقد ملكه فلا يلزمه رده .
و ان حلب عقيب الشراء وقلنا على البائع قبول اللبن لأنه عين حقه . فعلى
المشتري رده اذا أراد الفسخ . وليس له رد البديل . لأن حقه في يده .

(الخامس) أن القائل بأن له ههنا أن يرد اللبن هل ذلك بطريق
الفسخ ؟ كما لو اشترى عينين فوجده باحدهما عيبا فان له أن يرد
الجميع . ان كان كذلك فينبغي عند هذا القائل أنه اذا أراد امساك
اللبن ورد الشاة يجري فيها الخلاف فيما اذا أراد أن يفرد إحدى
العينين بالرد فعلى قول يمتنع عليها الأفراد بالرد ، وهو يوافق ما تقدم
عن صاحب القنمة عند عدم اختلاط اللبن بلبن جديد ، وعلى قول
لا يمتنع ، وان لم يكن بطريق الفسخ فبمناذا يجبر البائع على قبوله ؟
وحقه في التصرف واللبن على ملك المشتري بمقتضى العقد ؟ فتلخص
أن صاحب هذا الوجه يلزمه أن يوجب رد اللبن عند بقاءه وهو خلاف
ظاهر الحديث .

(السادس) أن رد اللبن هل يكون حكمه حكم رد المصراة ؟ اذا
قلنا الخيار فيها على الفور حتى اذا أخر بطل اجبار البائع عليه ،
ويقتصر على رد الشاة ، أو نقول رد الشاة على الفور واللبن
الى خيرة المشتري ؟ لم أر في ذلك نقلا ، وهو يلتفت على ما تقدم
من البحث في أن ذلك هل هو بطريق الفسخ أو لا ، فان كان بطريق
الفسخ كان على الفور ، وكل هذه التفريعات المضطربة سببها ضعف
هذا الوجه القائل بأن له رد اللبن قهرا .

(السابع) قول المصنف رحمه الله : « ولأنه لو لم يجز الرد »
الى آخره هو الدليل الثاني في كلامه الذي وعدت بالكلام عليه ،
وهو دليل مستقل غير ناظر الى أن النقصان لأجل الاستعلام
أو لا ، وبهذا يخالف ما قدمته من أن هذه المسألة ، ومسألة ما لا
يوقف على عيبه الا بكسره جميعا ، يرجعان الى مسألة رد المصراة مع
نقصها بالحلب ، وهذا الدليل الذي ذكره المصنف رحمه الله غير
ذلك لأنه جعل امتناع رد اللبن مستلزما لامتناع أفراد الشاة بالرد ،
وعال الأول بالنقص بالحلب ، والثاني بأنه أفراد بعض العقود

عليه ، وذلك غير النقص بالحلب ، فلم يحصل الجمع بينهما به ، وإنما مقصوده قياس النقصان بالحلب على النقصان بالافراد فان افراد بعض المعقود عليه نقص .

وسكت المصنف رحمه الله عن ذلك لوضوحه ولذكره في موضع آخر وهو ما اذا اشترى عيين صفقة واحدة فانه لا يجوز افراد أحدهما بالرد ، اما جزما اذا كان العيب بهما ، أو على الأظهر اذا كان بأحدهما ، واذا كان افراد بعض المعقود عليه نقصا . فلو امتنع رد اللبن بنقصانه بالحلب لامتنع افراد الشاة لنقصانها بالافراد والجامع بينهما مطلق للنقصان فلما جاز رد الشاة ههنا وافرادها عن اللبن اتفاقا ولم يجعل النقصان بالافراد مانعا — وإن كان مانعا في سائر المواضع — وجب أن يجوز رد اللبن ، ولا يجعل النقصان بالحلب مانعا — وإن كان مانعا في سائر المواضع — هذا تقرير هذا الدليل ، ولا بد من الجواب عنه اذ الأصح في المذهب خلافه .

وطريق الجواب أن الأصل أن النقص مانع ، ولا يلزم من مخالفة الأصل في موضع مخالفته في كل موضع الا أن يتبين أن المعنى الذي استثنى لأجله نقصان افراد الشاة بالرد عن سائر مواضع الافراد موجود في النقصان بالحلب ههنا ، حتى يستثنى عن سائر مواضع النقص ، وصحة القياس متوقفة على ثبوت ذلك ، وهو غير بين .

(الثامن) أن الأصحاب أطبقوا على حكاية الوجهين كما حكاهما المصنف رحمه الله ، وكلام الشيخ أبي حامد يقتضى حكاية الوجهين عن أبي اسحاق ولذلك الرويانى قال : ان أبا اسحاق أشار في الشرح الى وجهين ، والمصنف وابن الصباغ جعل القول بعدم الاجبار قول أبي اسحاق ، وكلام أبي الطيب محتمل لما قاله أبو حامد ، ولما قاله المصنف ، بخانه قال : لا يجبر عليه ، فذكره أبو اسحاق في الشرح وقال : لأنه صار معيبا ، وفيه وجه آخر أنه يجوز ، وبقيّة الأصحاب يذكرون الوجهين غير منسومين ، والجمع بين ذلك كله أن أبا اسحاق ذكر في شرحه الوجه الذي اختاره والوجه الآخر .

(التاسع) أن هذا كله في رده على جهة القهر ، أما لو تراضيا على ذلك ، قال الماوردي والرويانى في البحر : جاز ، وقد تقدم

ذلك عن البغوى والرافعى رحمهما الله أنه لا خلاف فيه ، وثبتت هناك أنه هل هو من باب الاعتياض ؟ أو من باب الرد بالفسخ ؟ وأن ابن المنذر خالف فيه ، ومقتضى كلامه المخالفة ههنا ، وهو أحد قولى المالكية ، وأن ابن المنذر جعله من باب الاعتياض وذكرت بحثا هناك يقتضى أنه ليس كذلك وأنه يجوز ، فليُنظر ذلك البحث فى فرع عند شرح قول المصنف « وأن أجاز رد المصرة بدل اللبن » .

(فرع) قسم المرعى العيب الحادث عند المشتري الى قسمين (أحدهما) المصرة يردّها ناقصة عما أخذت عليه من كون اللبن فى ضرعها ، وما سوى المصرة ثلاثة أضرب (أحدها) يرد قولاً واحداً كالغنب والخيار يغمزه يعود أو حديدة فيتبين أنه مر (والثانى) فيه قولان كالنوب يقطع ثم يعلم عيبه (والثالث) ثلاثة أقوال إذا كسرنا ما لا نوقف على عيبه إلا بكسره ، وسيأتى ذلك أن شاء الله تعالى فى الرد بالعيب ، وفيه توقف نذكره هناك أن شاء الله تعالى .

(فرع) إذا اشترى شاة وجز صوفها ، ثم وجد بها عيباً — إن كان الجز لاستعلام العيب — لم يمتنع الرد ، وجرى مجرى الحلب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن اشترى جارية مصراة ففيه أربعة أوجه :

(أحدها) أنه يردّها ويرد معها صاعاً لأنه يقصد لبنها فثبت بالتدليس له فيه الخيار ، والصاع كالشاة .

(والثانى) أنه يردّها لأن لبنها يقصد لتربية الولد ، ولم يسلم له ذلك ، فثبت له الرد ولا يرد بدله ، لأنه لا يباع ولا يقصد بالعوض .

(والثالث) لا يردّها لأن الجارية لا يقصد فى المادة إلا عينها دون لبنها .

(والرابع) لا يردّها ، ويرجع بالأرض لأنه لا يمكن ردّها مع عوض اللبن لأنه ليس للبنها عوض مقصود ، ولا يمكن ردّها من غير عوض ،

لأنه يؤدي إلى إسقاط حق البائع من لينها من غير بدل ، ولا يمكن إجبار المبتاع على امساكها بالثمن المسمى ، لأنه لم يبذل الثمن الا ليسلم له ما دلس به من الثمن ، فوجب أن يرجع على البائع بالأرض ، كما لو وجد بالمبيع عيباً وحدث عنده عيب .

(التشرح) الكلام في هذا الفصل ، والفصل الذي بعده يحتاج إلى أصل ، وهو أن المنصوص عليه في كلام الشافعي رحمه الله حكم الابل والغنم والبقرة ، والصحيح المشهور أنه يعم جميع الحيوانات المأكولة ، والمصرح به من ذلك في الحديث هو الابل والغنم (وكثير) من الأصحاب يجمعون حكم البقرة ثابتاً بالقياس وبه يشعر كلام الشافعي رحمه الله في المختصر (ومنهم) من يأخذه من النص في الحديث الذي لفظه « من اشترى مصراً » فإنه عام ، وقد تقدم ذلك ، واتفقوا على إثبات الحكم في البقرة أما بالنص وأما بالقياس ، فإن القياس فيها ظاهر جلي وهي في معنى الابل والغنم ، فلذلك اتفقوا على ثبوت الحكم فيها .

أما ما عدا ذلك من الحيوانات كالجارية والأتان ، فلا يظهر فيهما أنهما في معنى الأصل المنصوص عليه ، وعقد المصنف رحمه الله هذا الفصل والذي بعده للكلام فيهما ، والذي تجرى أحكام المصرة عليهما فطريقه في ذلك أما القياس وإن كان ليس في الجلاء والظهور كالأول ، وأما ادراجها في عموم قوله « من اشترى مصراً » والذي لا تجرى عليهما أحكام المصرة طريقه قطع القياس ، ويتبين أنهما غير داخلين في عموم قوله : مصراً (أما) بأن الاسم غير صادق عليهما عند الإطلاق (وأما) باخراجهما من اللفظ بدليل ، وقد يقال : أن من جملة ما يدل على اخراج الجارية قوله في الحديث : « بعد أن يحلبها » فإن ذلك يقتضي قصر الحكم على ما يصدق عليه اسم الحلب ، وفي إطلاق الحلب على الجارية نظر .

(واعلم) أن قاعدة مذهب الشافعي رضي الله عنه ، كما ذكره الامام ، يدل على أن ثبوت الخيار في المصرة جار على القياس ، وإذا كان كذلك فيسوغ الحاق غير المنصوص عليه بالمنصوص ، والمصنف رحمه الله وكثير من الأصحاب لم يذكروا الحديث الذي فيه صيغة

المعموم ، وانما ذكروا النص في الابل والغنم ، وكان ما سوى المخصوص
عليه على قسمين :

(قسم) التصرية موجودة فيه في غير الابل والغنم (وقسم)
فيه معنى يتنبه التصرية ، فذكر المصنف رحمه الله الجارية في هذا
الفصل واللاتان في الذي يعده لانهما ملحقان عند من يقول باللاحق
بالابل والغنم لتسمل التصرية بالجميع ، وذلك بعد تجميع شعير
والجارية ، ولانه ملحق بالتصرية فلذلك اخره وله مراتب في الظهور
كتجميع الشعير ، فيلحق ، والخفاء كنقطة من المداد على ثوب العيد فلا
يلحق ، وبين ذلك ففيه خلاف •

ونذكر هذه المراتب ان شاء الله تعالى عند كلام المصنف في
تجميع شعير الجارية ، وذكر الماوردي وجهين في التصرية في غير
الابل والبقر والغنم ، فاحد الوجهين وهو قول البصريين انها ليست بعيب
(والثاني) وهو قول اليعنانيين ان التصرية في كل الحيوان عيب •

(واما) تصرية الجارية الذي هو محل كلام المصنف هنا ، فقال
الامام : ان الخلاف فيه ليس من النمط المذكور ، فان التلبيس بالتصرية
في الجارية كالتلبيس بالتصرية في البهيمة ، وانما نشأ الخلاف من أصل
آخر ، وهو أن الأصل في خيار الخلف أن يترتب على الشرط والفعل
والموهم المدلس الخلف بالشرط ، وهو دونه وبقوى أثره فيما يظهر
توجه المقصد اليه ، فأما ما لا يتوجه المقصد اليه فلا يظهر التلبيس
فيه ، قال : ويمكن أن يقال : هذا مع التقريب يلتحق بما قدمناه
من مواقع الخلاف ، يعنى من المرتبة التي بين الظهور والخفاء كما
أشرنا اليه من قبل ، فان الشيء اذا كان لا يقصد مما يجرى من
تلبيس فيه وفقاً لا توهم ، ويمكن أن يقرب مما تقدم من وجه آخر ،
وهو أن الضرر والاختلاف يعتاد معاينتها ويدرك الفرق فيها ، وليس كذلك
المدى في بنات آدم ، فان المشاهدة لا تتعلق غالبا به وغرضنا تخريج
انوافق والخلاف على أصول ضابطة • انتهى •

ومقصود الامام أن الندي اذا كان لا يرى غالبا ، ولا يحصل
فيه قصد التغرير غالبا ، فلم يتحقق كضرع الناقة والشاة الذي
هو مرئي الغالب ، ومقصوده بما قاله أولا من أن لبن الجارية غير

مقصود ، أى فى الغالب لأنه لا يقصد الا على ندور لأجل الحضانة ، فلا يلتحق بما هو مقصود فى كل الأحوال ولذلك لم يفتقر برؤية الحطمة وهو الثدى . اذا عرف ذلك فهل التصرية فى الجارية عيب أم لا ؟ على وجهين على ما تقدم عن الماوردى .

وقال الشيخ أبو حامد : انه لا خلاف أنها عيب لأمرين (أحدهما) الرغبة فى رضاع الولد (والثانى) أن كثرة اللبن تحسن الثدى لأنه يعلو ولا يسترسل ، هكذا قال أبو حامد ، ولكن غيره مصرح بالخلاف فى ذلك ، وشبهوه على أحد الوجهين بما اذا اشترى جارية فبانت أخته فلا خيار ، لأن الموطأ فى ملك اليمين غير مقصود .

اذا عرف ذلك فقد ذكر المصنف أربعة أوجه أصلها وجهان وقيل قولان (أحدهما) أنه يرد معها صاعا ، لما ذكره المصنف . وهذا قول ابن سريج وابن سلمة فيما حكاه الجورى (والآخر) يردها ولا يرد بدل اللبن لأنه لا يعتاض عنه فى الغالب ، وإن كان متقوما ، وهذا معنى قول المصنف رحمه الله أنه لا يقصد بالعوض ، ولم يرد أنه لا يباع منفردا ، لأن مذهبا جواز بيعه . وهذا الوجه ذكره الصيدلانى وغيره على ما حكاه الامام ، وكلا الوجهين مذكور فى الحاوى وفيما علقه سليم عن أبى حامد .

(والوجه الثانى) أنه لا يرد . وهذا قول أبى حفص ابن الوكيل على ما يقتضيه كلام الجورى ، وعلى هذا فوجهان (أحدهما) وهو الثالث فى كلام المصنف رحمه الله أنه لا يرد ، أى ولا شيء له لما ذكره المصنف رحمه الله ، وهذا الوجه لم يذكره الرافعى ولكن ذكره القاضى أبو الطيب والقاضى حسين والماوردى وغيرهم ، وهو مفرع على أن التصرية فى ذلك ليست بعيب (والآخر) وهو الرابع فى كلام المصنف أنه لا يرد . ويرجع بالأرشد ، وصححه ابن أبى عصرون تفريعا على القول بعدم الرد .

واختلف فى مأخذه ، فالشيخ أبو حامد ذكره فيما علقه البندنجي عنه من قوله : انه لا خلاف فى أنها عيب مستقلا بما ذكره المصنف وهو حسن . واستدل — لأنه لا يمكن ردها من غير عوض — بأنها نقصت عنده ، فهذا الوجه بهذا التعليل مع الوجهين الأولين ثلاثتها مفرعة

على القولين بأن التصرية في ذلك عيب ، ولذلك ذكرها الشيخ أبو حامد
مفرقة في التعليقين . ونقل الروياني عن الدارمي أنه على القول
بأنه ليس بعيب ، فإنه يرجع بالأرث ، وغلظه قال : لأن هذا القائل
منع الرد لأنه ليس بعيب ، وقدر الدارمي أنه لا يرد ، لأن الحلب
عيب حادث ، فقال يرجع بالأرث (قلت) وينبغي أن يحمل كلام
الدارمي على ما قاله الشيخ أبو حامد رحمه الله ، ولا يغلط ، ولا يظن
به أنه فرع ذلك على أنه ليس بعيب . هذا ما ذكره الأصحاب رحمهم
الله في ذلك . وقال الامام : اذا أثبتنا الخيار بتصرية الجارية ، وان
قدروا التمر بقيمة اللبن فلم يكن اللبن الجارية قيمة لم يجب شيء .
وان أوجبنا الصاع فهنا وجهان ، هذا اذا لم يكن اللبن متقوما ،
وان كان له قيمة فلا بد من بدله . وهل يبدل بالصاع أو بقيمته
من تمر أو قوت آخر ؟ فيه وجهان . وهذا التخيير حسن (والأصح)
من هذه الأوجه عند الرافعي وصاحب التهذيب أنه يرد ، ولا يرد بدل
اللبن ، وهو الثاني في كلام المصنف رضى الله عنه . قال الروياني في
البحر : وهذا أقرب عندي (والأصح) عند القاضي أبي الطيب والجرجاني
أنه يردها ويرد معها صاعا بمنزلة تصرية الابل والغنم وقال
ابن أبي عصرون : انه الأقيس به في المرشد .

وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي بَابِ الرِّبَا أَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْحَضْرَمِيَّ نَقَلَ

وقد تقدم في باب الربا أن محمد بن عبد الرحمن الحضرمي نقل
عن الشافعي رضى الله عنه أنه لو باع أمة ذات لبن بلبن آدمية جاز ،
وهو رد ما صححه القاضي أبو الطيب هنا ، لأنه لو كان اللبن بمنزلة
العين ويقابله قسط من الثمن لما صح بيعها بلبن آدمية ، كما
لا يصح بيع شاة في ضرعها لبن بلبن غنم ، وعلى ما تقدم من تخيير
الامام رجع النظر الى تحقيق مناط ، وهو أن لبن الجارية هل له
قيمة أو لا ؟ فان كان له قيمة تعين الحكم بوجوب بدله ، كما قال الامام ،
قال : لأن نفى البدل في هذا المقام لا يقتضيه خبر ولا يوجب
قياس .

(فرع) حكم الخيل حكم الجارية ، وذكره المسوردي ، ولم
يذكر المسوردي في الجارية الثلاثة الأوجه المذكورة أولا في كلام المصنف
رحمه الله . قال العبدري : لنا في تصرية لبن الجارية قولان ، وفي
الأثنان وجهان ، فاقضى كلامه أن الخلاف في الجارية منصوص عليه ،

وكذلك رددت القول فيما تقدم في ذلك هل هو وجهان أو قولان ؟
والله أعلم .

(فرع) من جملة العلماء القائلين بأن حكم التصرية لا ينحصر في الابل والغنم البخاري رحمه الله ، فانه قال في تبويبه : باب النهي « للبايع أن لا يحفل الابل والغنم والبقر وكل محفلة ، والمصراة التي صرى لبنها وحقن فيه وجمع فلم تحلب أيما » ولم يذكر في الباب حديثا فيه صيغة عامة بنعته ، والله أعلم .

(فرع) حكى المصنف في التنبيه وجهين (أحدهما) أنه لا يرد (والثاني) أنه يرد ولا يرد بدل اللبن ، فالثاني في التنبيه هو الثاني في المذهب ، والأول في الثاني يحتمل أن يكون هو الثالث في المذهب ، وهو أنه لا يردها ، ولا شيء له ، ويحتمل أن يكون هو الرابع . وهو أنه لا يرد ويأخذ الأرض ، ويحتمل أن يكون مقصوده عدم الرد الذي هو مشترك بين الوجهين ، ويكون كل من الوجهين مفرعا عليه ، وهو الأول .

وقال ابن الرفعة في قول التنبيه : انه لا يرد . قال : أي ويأخذ الأرض وقال : ان القول بأنه لا يرد ولا يرجع بالأرض هو ما ظن ابن يونس أنه القول الأول من كلام الشيخ (قلت) وأما تفسير ابن الرفعة لكلام الشيخ فممنوع لما تقدم ، وأما كلام ابن يونس فمحتمل ، لأنه حكى الوجهين فيحتمل أن يكون جعلهما مفرعين على الوجه الذي حكاه الشيخ ، وهو الاحتمال الذي قلت : انه الأولى ، وحينئذ لا ينسب الى ابن يونس حمل كلام الشيخ على أحد الوجهين دون الثاني ، والله سبحانه أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى أتاناً مصراً ، فان قلنا بقول الاصطخري : ان لبنها طاهر ، ردها ورد معها بدل اللبن كالشاة (وان قلنا) بالمنصوص : انه نجس ففيه وجهان (أحدهما) أنه يردها ولا يرد بدل اللبن ، لأنه لا قيمة له ، فلا يقابل ببديل (والثاني) يمسكها ويأخذ الأرض ، لأنه لا يمكن ردها مع البديل ، لأنه لا بدل له ولا ردها من غير بدل لما فيه من اسقاط

حق البائع من لبنها ، ولا امسكها بالثمن لأنه لم يبذل الثمن الا لتسلم
له الأتان مع اللبن ولم تسلم ، فوجب أن تمسك ويأخذ الأرض) .
(الشرح) الأتان الأنثى من الحمر ، وقول الاصطخري رحمه

الله بطهارة لبنها معروف مشهور ، وهو يقول بطهارته وحل تناوله ، وعده
الامام من هفوات بعض الأئمة . وحكى الامام أن من أصحابنا من
حكم بطهارة لبنها وحرمة وهذا بعيد ، والمذهب نجاسته ، وقد تقدم
أن تصرية الأتان هل هي عيب أم لا ؟ على وجهين ، وقال الشيخ
أبو حامد : انه لا خلاف في أنها عيب كما تقدم أنه مثل ذلك في الجارية ،
إذا عرف ذلك ففي حكم تصرية الأتان طرق .

(احداها) ما ذكره المصنف رحمه الله أنه ان قلنا بطهارة لبنها ردها ،
ورد بدل اللبن (وان قلنا) بنجاسته فقيل : يردها ولا يرد معها
شيئا . وقيل ، يمسكها ويأخذ الأرض ، ومن ذكر هذه الطريقة الشيخ
أبو حامد .

(الطريقة الثانية) التي ذكرها الماوردي من العراقيين ، والقاضي
حسين من الخراسانيين : أنه هل يرد أو لا يرد ؟ في المسألة وجهان
(فان قلنا) بنجاسة لبنها ردها ولا يرد معها شيئا (وان قلنا) بطهارة
لبنها . وهو قول الاصطخري . فهل يرد معها صاعا من تمر ؟ على
وجهين كالجارية واثاث الخيل . وهذه عكس ما ذكره المصنف رحمه الله
(والطريقة الثالثة) التي ذكرها الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب
الجززم بردها وتخريج رد بدل اللبن على الخلاف (فان قلنا) بطهارته
رد بدله صاعا من تمر (وان قلنا) بنجاسته لا يرد لأن النجس لا
بدل له ولا قيمة ، وهذه تخالف طريقة الماوردي ، فان الماوردي
يتردد في رد بدل اللبن على القول بطهارته ، وأبو حامد وأبو الطيب جازمان
به ، وتخالف طريقة المصنف رحمه الله في قوله انه يمسكها ويأخذ
الأرض ، وقد نقل الشاشي عن القاضي أبي الطيب أن الأوجه التي
في الجارية في الأتان على قول الاصطخري فهذه الطرق الثلاثة في
طريقة العراقيين ، وبعضها في كلام الخراسانيين كما تقدم .

(والطريقة الرابعة) التي ارتضاها الامام أنه ان قلنا : اللبن
نجس فلا يقابل بشيء ، ولكن لا يبعد اثبات الخيار ، اذ قد يقصد

غزارة لبنها لكان الجحش ، فيلتحق هذا الخيار بقبول التردد ، وإن حكمنا بأنه ظاهر فكذلك ، فإن اللبن المحرم لا يتقوم ، وإن حكمنا بحله فالقول في تصرية الأتان كالقول في تصرية الجارية ، وقد تقدم كلامه في الجارية ، وهذه الطريقة توافق طريقة الماوردي في إلحاقها بالجارية على قول طهارة اللبن وحله ، وتخالفا في أن الماوردي لم يحك القول بتحريم اللبن مع طهارته ولا التفريع عليه ، وفي أن الماوردي لم يبين الخلاف في الرد على الخلاف في النجاسة ، وإنما حكى الخلاف في الرد وفي سائر الحيوانات غير الأبل والبقر والغنم .

(فان قلنا :) بشمول الحكم للجميع ، فالماوردي جازم على قولنا بنجاسة اللبن ، يرد الأتان ولا شيء معها ، والامام مقتضى كلامه التردد في ردها ، وطريقة الامام تخالف طريقة المصنف رحمه الله أيضا ، ولأن الامام لم يتعرض لامساكها بالأرثى ، والمصنف لم يتعرض لطهارة اللبن مع تحريمه ، والله أعلم . ولم يتعرض ابن عبد السلام في اختصار النهاية لما أشار اليه الامام من التردد في ثبوت الخيار ، فتخلص من هذه الطرق أربعة أوجه :

(أحدها) أنه يردّها ويرد معها بدل اللبن .

(والثاني) أنه يردّها ولا يرد معها شيئا . وهذا هو الصحيح عند الرافعي وغيره . وهو الذي جزم به المصنف رحمه الله في التبيين .

(والثالث) أنه لا يردّها ويأخذ الأرثى .

(الرابع) الذي دل عليه كلام الامام أنه لا يردّها ولا شيء له ، لأنه جعل ذلك من صور الخلاف . ومراده به إلحاقه بالمرتبة المتوسطة بين المراتب الثلاث التي تقدمت الإشارة إليها ، ويأتى ذكرها إن شاء الله تعالى عند كلام المصنف رحمه الله في تجعيد شعر الجارية . وإذا كان كذلك فيقتضى كلام الامام المذكور اثبات وجه كما قلناه أنه لا خيار له . وكذلك يقتضيه كلام الماوردي حيث ألحق الأتان بالجارية . وحيث حكى الخلاف في سائر الحيوانات مطلقا غير الأبل والبقر والغنم . كما تقدم عن البصريين والبغداديين في أن التصرية فيها عيب . أو ليست بعيب . وكلام غيره أيضا . وهذا الوجه ليس مذكورا في كلام المصنف

رحمه الله . والأوجه الثلاثة التي ذكرها المصنف ذكرها الشيخ أبو حامد أيضا مع قوله ان لا خلاف في أنها عيب .

والوجه الرابع القائل بعدم الخيار مستمد من الوجه الذي تقدم عن البصريين أن التصرية في ذلك ليست بعيب . فيجوزون الأوجه الأربعة ، وهي نظير الأوجه الأربعة التي ذكرها المصنف رحمه الله في الجارية وان كانت المآخذ مختلفة . وقال ابن أبي عصرون على قول الاصطخرى بعد أن حكى كلام الأصحاب وقولهم في التفريع عليه : انه يرد مثل بدل لبن الشاة قال : وعندى ينبغي أن يرد الأرش . لأن لبنها لا يساوي لبن الأنعام ولا يلحق به في تقدير بدله . كما أن جنين البهيمة لما لم يساو جنين الآدمية ضمن بها ويقضى من قيمة الأم . وهذا الذي ذكره لو ثبت كان زائدا على الأوجه الأربعة لكنه بعيد لأنه على القول بطهارته وجعله مما يقابل بالعوض لا يفارق لبن الأنعام وان كان أنقص قيمة منها فان بعض الأنعام لبنها أنقص قيمة من بعض ، ولا اعتبار بذلك ، ويلزمه أن يقول بذلك في الجارية ، ولم يقل به هناك ، بل قال : ان الأقيس أنه يجب رد بدله ، والله أعلم .

(فرع) قول المصنف رحمه الله « لم يبذل الثمن الا لتسلم له الأتان مع اللبن » وكذا قوله فيما تقدم في الجارية « ولم يبذل الثمن الا لتسلم له ما دلس به من اللبن » رأيتها مضبوطة في بعض النسخ — بضم التاء وفتح السين وتشديد اللام المفتوحة — والأحسن أن يقرأ — بفتح التاء واسكان السين وفتح اللام المخففة — فان البائع سلم الأتان مع اللبن ، ولكن حصلت في ذلك السلامة للمشتري .

(فرع) جزم المصنف في التنبيه بأنه يرد الأتان ، ولا يرد بدل اللبن وتردد في رد الجارية مع الجزم فيها بأنه لا يرد بدل اللبن ، فأما جزمه برد الأتان وتردده في رد الجارية فلان لبن الأتان مقصود ولا يساويه لبن الجارية في ذلك ، وعلى قوله في المذهب : انه لا يرد قال : انه بأخذ الأرش يكون اللبن في الأتان مقصودا فلم يتردد قوله لا في المذهب ولا في التنبيه في أن لبن الأتان مقصود ، ولكن امتناع رد بدله على الصحيح لأجل نجاسته وان كنا قد حكينا عن غير

المصنف رحمه الله وجها رابعا بعدم الرد مطلقا ، وذلك يلزم منه القول بأنه غير مقصود .

وأما جزمه في التنبيه بأنه لا يرد بدل لبن الأتان ، فإنه تقرير على المذهب في نجاسته ، وزعم ابن الرفعة أن ذلك سواء قلنا بنجاسته أو بطهارته كما ذهب إليه الاصطخري ، قال : وقيل على القول بطهارته يجب الصاع ، وهذا الذي قاله ابن الرفعة وإن كان الخلاف ثابتا فيه كما تقدم ، لكن لا يحسن أن نشرح به كلام التنبيه ، لأن صاحبه في المذهب جازم على قول الاصطخري : يرد بدل اللبن ، فيجب حمل كلامه في التنبيه على المذهب ، فيكون موافقا لذلك ، ليس ذلك مما اختلفت فيه الطريقان حتى يحمل كلامه في التنبيه على طريقة وكلامه في المذهب على طريقة أخرى ، وقد تبين لك الطرق المذكورة في ذلك ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(إذا ابتاع شاة بشرط أن تحلب كل يوم خمسة أرتال ، ففيه وجهان ، بناء على القولين فيمن باع شاة وشرط حملها (أحدهما) لا يصح ، لأنه شرط مجهول فلم يصح (والثاني) أنه يصح لأنه يعلم بالصادقة فصح شرطه ، فطى هذا إذا لم تحلب المشروط فهو بالخيار بين الامساك والرد) .

(الشرح) هذه المسألة جزم الرافعي رحمه الله في باب البيوع المنهى عنها فيها بعدم صحة البيع ، وصرح في الروضة بأنه يبطل البيع قطعيا لأن ذلك لا ينضبط فصار كما لو شرط في العبد أن يكتب كل يوم عشر ورقات ولم يتعرض الرافعي للمسألة في باب التصرية ، وابن الصباغ ذكر المسألة هنا وجزم فيها بالبطلان ، وكذلك صاحب التتمة قبل هذا الباب صرح وجزم بأن العقد فاسد ، وقال مع ذلك : انه إذا شرط أنها لبون فإن كانت تدر لبنا — وإن قل — فلا خيار له ، وإن لم يكن لها لبن أصلا فله الخيار ، وكذلك قال غيره ، ونقلوا عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يقول بالبطلان في هذه أيضا ولو شرط أنها غزيرة اللبن فتبين غزارته فله الرد ، قاله الروياني .

وكلتا المسألتين لا اشكال فيهما بخلاف مسألة الكتاب ، وصرح صاحب العدة حكاية الوجهين في مسألة الكتاب كما حكاهما المصنف رحمه الله حرفا بحرف ، ونقل بعض المصنفين مسألة الكتاب وحكاية الوجهين فيها عن التتمة ، ولم أرهما فيها بل الذي رأيت فيها البطلان والمصنف المذكور هو يعقوب بن أبي عصرون وذلك وهم منه ، ولعله جاء يكتب المذهب كتب التتمة .

وقال الروياني في البحر : لو اشترى شاة على أنها تحلب كل يوم كذا وكذا ، قال أصحابنا : لا يصح قولاً واحداً . قال : وقيل : فيه وجه أنه يصح ، وقال ابن أبي عصرون في الانتصار : انه لا يصح البيع على أصح القولين ، فيحتمل أن يكون تابعا للمصنف في حكاية الخلاف في المسألة ، وأطلق القولين على الوجهين ويحتمل أن يكون عنده نقل خارج ، ومن حكى الخلاف أيضا في هذا الباب العمراني ، ويحتمل أن يكون تابعا للمصنف ، وكذلك حكاه فيما اذا شرط أن الشاة تضع لرأس الشهر مثلا ، والمشهور في المسألتين القطع بالفساد ، ولم أر الخلاف الا في كلام المصنف والروياني وصاحب العدة أيضا .

على أن المصنف رحمه الله وحده كاف في النقل ، فهو الثقة الأمين ، ولا يستبعد ذلك من جهة المعنى ، فان ذلك قد يعلم بالعادة فان الشاة التي خبرها البائع وجربها دائما وهي تدر كل يوم مقدارا معلوما أو أكثر منه ، فهذا العقد الذي جرب وجوده منها في جميع الأيام يغلب على الظن دوامه ، أما وضع الحمل لرأس الشهر المنقول عن العمراني فذلك بعيد الا على ارادة التقريب الكثير ، نعم ههنا كلامان .

(أحدهما) أن الفرق ظاهر بين اشتراط قدر معلوم من اللبن ، واشتراط الحمل ، فان اشتراط كونها حاملا نظيره اشتراط مقدار من اللبن ، ينبغى أن يكون كاشتراط مقدار أو وصف في الحمل ، وذلك لا يمكن تصحيحه ، لأنه لا يمكن العلم به .

واعلم أن ههنا ثلاث مراتب (احداها) يشترط مقدار أو وصف في الحمل وهذا لا يصح قطعا ، لأنه لا سبيل الى علمه ولا ظنه .

(الثانية) اشتراط أصل الحمل واللبن ، وهذا يصح على الأصح ، لأنه معلوم موجود عليه امارات ظاهرة .

(الثالثة) اشتراط مقدار من اللبن ، فهذا قدر يقوم عليه
أمانة لعادة متقدمة ونحوها ، ومن هذا الوجه أشبه الحمل ويفارقه من
جهة أنه متعلق بأمر مستقبل يخرم كثيراً فلذلك جرى التردد فيه •

(الثانى) أن بناء المصنفين الوجهين على القولين فى اشتراط
الحبل ، يقتضى أن يكون الصحيح صحة الشرط ههنا ، لأن الشرط صحة
اشتراط الحبل ، لكن ابن أبى عصرون ممن وافق المصنف رحمه الله على
حكاية الخلاف وصحح البطلان وأكثر الأصحاب قطعوا به ، والفرق
ما قدمته وجعلته من رتبة منحلة غير رتبة أصل الحمل واللبن ، والله
أعلم •

(التفریع) إذا قلنا بالصحة فى ذلك فأخلف، فله الخيار بين
الامساك والرد كما قال المصنف ، كالمصراة ، بل أولى من حيث المعنى ،
لأن هذا بشرط صريح ، وذاك بما يقوم مقامه من التخيير ، ومقتضى
الحاقها بالمصراة أنه ان حصل الخلف قبل الثلاث يجرى فيها الخلاف
المذكور فى المصراة فى أنه يمتد الخيار الى ثلاثة أيام ، أو يكون على
الفور أو لا يثبت الا عند انقضاء الثلاث على الأوجه السابقة فلو ظهر
الخلف بعد الثلاث فيكون على الفور كالمصراة ، ولا يأتى ههنا قول
أبى حامد : انه لا يثبت الخيار بعد الثلاث ، لأن هناك مأخذ أن الخيار
ثابت بالشرع ، وههنا ثابت بالشرط ، وأيضا الخيار فى التصرية خيار
عيب على قول كما تقدم ، وأما هنا فخيار خلف ليس الا •

نعم لو ظهر نقص اللبن ههنا بعد مدة فان كان ذلك بطرآن حادث
يقتضى ذلك فلا اشكال فى أنه لا يثبت الخيار ، لأن ذلك غير لازم
للبنائع ، لأن سببه ما حدث فى يد المشتري ، وان لم يظهر حاله بحال
نقص اللبن عليها فيحتمل أن يقال : انه لا أثر للنقص أيضا لأنه
لما دام اللبن وثبت على مقتضى الشرط حصل الوفاء بمقتضى الشرط •
وعلم بذلك مزاج الحيوان ، والنقص بعد ذلك بمدة طويلة محمول
على تغير طرأ ، وكذلك فى المصراة لدوام اللبن مدة ، ثم حصل نقص
لم يتبين بذلك وجود التصرية • بل ذلك محمول على نقص حادث ،
وانما يبقى ثبوت الخيار حينئذ اذا اعترف البنائع أو قامت بينة أنه
كان قد صراها وهذا الاحتمال متعين •

وأما مقدار المدة فيحتمل أن يقال : انه اذا حلبها ثلاثة أيام واللبن على حاله لم يتغير ، فتغيره بعد ذلك لا يؤثر . وتكون الثلاثة ضابطا لذلك لاعتبار الشارع اياها في هذا الباب . ويحتمل أن لا يضبط بمدة معينة ، بل بما يظهر من شاهد الحال ودلالته على أن النقص لأمر أصلى أو طارىء . والله سبحانه أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(واذا ابتاع جارية قد جمد شعرها ثم بان أنها سبطة ، أو سود شعرها ثم بان بياض شعرها ، أو حمر وجهها ثم بان صفرة وجهها ، ثبت له الرد لانه تدليس بما يختلف به الثمن فثبت به الخيار كالنصرية ، وان سبط شعرها ثم بان أنها جمدة ففيه وجهان :
(أحدهما) لا خيار له ، لأن الجمدة اكمل وأكثر ثمنا .

(والثاني) انه يثبت له الخيار ، لأنه قد تكون السبطة أحب اليه وأحسن عنده ، وهذا لا يصح ، لأنه لا اعتبار به ، وإنما الاعتبار بما يزيد في الثمن ، والجمدة أكثر ثمنا من السبطة ، وان ابتاع صبرة ثم بان أنها كانت على صخرة ، أو بان أن باطنها دون ظاهرها في الجودة ، ثبت له الرد لما ذكرناه من العلة في المسألة قبلها) .

(الشرح) الفصل يتضمن مسائل من التفرير الفعلى ملحقة بالمصراة ، أما بلا خلاف وأما على وجه ، وقد كنت أشرت فيما تقدم الى ذلك على ثلاث مراتب ووعدت بذكرها ههنا ، ولنجعل ذلك مقدمة على مسائل الفصل .

قال الامام : ان أئمة المذهب نصوا بأن كل تلبيس حال محصل النصرية من البهيمة اذا فرض اختلاف فيه ثبت الخيار ، فلو جمد الرجل شعرا تجعيدا لا يتميز عن تجعيد الخلفة . ثم زال ذلك ثبت الخيار للمشتري ، فنزلوا التجعيد منزلة اشتراط الجمعودة ، وقد طردت في هذا مسلكا في الأساليب ، واذا جرى الحالف بشيء لا ظهور له فلا مبالاة به ، كما اذا كان على ثوب العبد نقطة من مداد فهذا

لا ينزل منزلة شرط كونه كاتباً ، ولو كان وقع المداد بحيث يعد من منزلة أن صاحب الثوب ممن يتعاطى الكتابة ، فإذا أخلف الظن ففى ثبوت الخيار وجهان وإذا بنى الأمر على ظهور شيء فى العادة فما تنهاى ظهوره يتأصل فى الباب وما لا يظهر يخرج عنه ، وما يتردد بين الطرفين يختلف الأصحاب فيه .

هذا كلام الامام ، وهو منه على المراتب الثلاث التى يثبت الخيار فيها جزماً والتى لا يثبت جزماً ، والتى يتردد فيها ، ولم يذكر المصنف المرتبة التى يجزم بعدم الخيار فيها اقتصاراً منه على ما يلحق بالتصرية جزماً أو على وجه ، إذا عرف ذلك فقد ذكر المصنف رحمه الله من المرتبة الأولى أمثلة .

(منها) إذا اشترى جارية قد جمعد شعرها ثم بان أنها سبطة اتفق الأصحاب على ثبوت الخيار قياساً على المصراة ، لأن الغرض يختلف بالجمودة والسبوبة (وأيضاً) الجمودة قيل : انها تدل على قوة الجسد والسبوبة تدل على ضعفه ، وللمسألة شرطان .

(أحدهما) أن يكون المشتري قد رأى الشعر ، فلو لم يره ففى صحة العقد وجهان (أحدهما) وبه قال الأكثرون وابن أبى هريرة : انه لا يصح ويكون كبيع الغائب (والثانى) وبه قال القفال وجماعة ، وهو الأصح عند الماوردى الصحة ، فعلى الأول لا تأتى المسألة ، وعلى الثانى إذا لم يره لا يثبت الخيار الا اذا شرط . وقد قال الشافعى رحمه الله فى المختصر : ولو اشتراها جمعدة فوجدها سبطة فله الرد ، فالأكثرون حملوه على مسألة الكتاب إذا كان البائع قد جمعد شعرها بناء على الصحيح عندهم أنه لابد من رؤية الشعر ، وعلى الوجه الثانى يحتمل ذلك ويحتمل أن يكون المراد ما إذا شرط أنها جمعدة ، وفى كلام الرافعى ما يقتضى جواز حمله على الاشتراط . وأن فرعنا على الأصح لأن الشعر قد يرى ولا يعرف جموده وسبوطه لعروض ما يستوى الحالان عنده من الابتلاء وقرب العهد بالتسريح وتحوُّلهما ، ففى كون المسألة منصوصة للشافعى لهذا الاحتمال ، وعلى كل حال لا خلاف فى المذهب فيها .

قال القاضي حسين في رؤية الشعر : نشأ من اختلاف أصحابنا في قول الشافعي رحمه الله : « ولو اشتراها جمعة فوجدها بسيطة فله الرد » من أصحابنا من حمله على الشرط . ومنهم من قال : أراد : أجمد شعرها بالتدليس .

(الشرط الثاني) ما تقدم عن الامام أن التجعيد يكون بحيث لا يتميز عن تجعيد الخلقة ، والأكثر من ساكتون عن ذلك ، ولا شك أنه إذا كان التجعيد يسيرا بحيث يظهر لغالب الناس أنه مصنوع ، فالمشترى منسوب الى تفريط ، أما إذا كان التجعيد بحيث يوهم كونه خلقيا ، فهذا هو الميث للخيار ، وهو مراد الأصحاب (وشرط ثالث) فيه نزاع أن يكون ذلك تجعيد البائع أو غيره بأذنه فلو تجعد بنفسه جزم الفوراني في الابانة بعدم الخيار والأشبه تخريجه على ما إذا تحفلت الشاة بنفسها . وقد تقدم أن فيها خلافا ، وفي الصحيح خلاف ، والأصح عند صاحب التهذيب وقضية كلام الأكثرين ثبوته هناك كما تقدم ، فينبغي أن يكون هنا كذلك .

وكلام ابن أبي عصرون في الانتصار والمرشد يقتضى ثبوت الخيار في ذلك ، فانه قال : إن نظر الى شعرها فراه جمعا ثم بعد ذلك بان أنه بسيط ثبت له الرد ، وهذه العبارة بعمومها تشمل ما إذا تجعد بنفسه وما إذا جمعه ، وكذلك عبارة الماوردي في الحاوي والفوراني أيضا في العمدة وهو الظاهر ، فانه لا فرق بين تجعد الشعر بنفسه ، وبين أن تحفل الشاة بنفسها ، ولعل الأصحاب إنما لم ينصوا على ذلك مثل ما نصوا على تحفل الشاة لأن تحفل الشاة بنفسها قد يقع كثيرا . وأما تجعد الشعر بنفسه فبعيد لا يتأتى في العادة فافترض وقوعه ، فهو كحفل الشاة بنفسها ، ولعل الفوراني من القائلين بعدم ثبوت الخيار فيما إذا تحفلت الشاة بنفسها كما رأى الغزالي في الوجيز ، فيكون جزمه في تجعيد الشعر بنفسه على ذلك .

(تنبيه) المراد بالتجعيد ما يخرج الشعر عن السهولة المكروهة عند العرب وهو ما يظهر إذا أرسل من التكسير والتقبض والانتواء ، وليس المراد أن يبلغ الجعد القطط ، فإن ذلك مكروه أيضا . وأحسن

الشعر ما كان بين ذلك • وقد جاء في وصف شعر النبي صلى الله عليه وسلم « أنه كان شعرا رجلا ، ليس بالجعد القلط ولا بالسبط » وفي رواية أخرى « لم يكن بالجعد القلط ولا بالسبط ، كان جعدا رجلا » وقوله « سبط » هو بفتح السين وباسكان الباء وفتحها وكسرهما أى مسترسلة الشعر من غير تقبض ، والله أعلم •

(المسألة الثانية) من أمثلة المرتبة الأولى إذا سود شعر الجارية ثم بان بياض شعرها أو حمر وجهها ثم بان صفرة وجهها ثبت الخيار بلا خلاف ، والكلام فيه كالنكلام فيما إذا جعد شعرها حرفا بحرف • وقياس ما قاله الفورانى فيما إذا حصل ذلك بنفسه أن يأتى هنا ، وتحمير الوجه والخدين يكون بالدمام وهو (الكلكون) قاله القاضى أبو الطيب • وهذه اللفظة مذكورة في المذهب في باب الاحداد وهى بكاف مفتوحة ثم لام مشدودة مفتوحة أيضا ثم كاف ثانية مضمومة ثم واو ساكنة ثم نون • وأصله كلكون بضم الكاف وسكون اللام - و (الكلك) الورد و (الكون) اللون • أى لون الورد • وهى لفظة عجمية معربة • هكذا قال النووى رحمه الله في التهذيب • ومن مسائل هذه المرتبة إذا بياض وجهها بالطلاء ثم اسمر • قاله القاضى أبو الطيب رحمه الله • والطلاء بياض •

وكذلك إذا صبغ الحمار حتى حسن لونه أو نفخ فيه حتى صار بالنفخ كأنه دابة سمينة ، قالهما صاحب التتمة ، أو دهن شعر الدابة ، قاله المحاملى في المقتنع • وكذلك لو كان له رضى قليلة الماء فأراد العرض على البيع والاجارة (١) أرسل ذلك الماء المحبوس حتى ظن المشتري أن الرضى كثيرة الماء ، شديدة الدوران ، ثم ظهر أن الماء قليل • اتفق الأصحاب عليها • وكلامهم يقتضى أن أبا حنيفة وافق عليها • كذلك إذا حبس ماء القناة ثم أطلقه عند البيع أو الاجارة ، أعنى اجارة الأرض ، فكذا إذا أرسل الزنبور في وجه الجارية فانتفخ وظنها المشتري سمينة ثم بان خلافه ، أو لون جوهرا بلون الباكش أو العقيق أو النياقوت ، فظنه المشتري كذلك ثم بان زجاجا له قيمة بحيث يصح

(١) كذا ولعل في العبارة حذف يعرف من السياق تقديره : « فحبس فيها الماء ثم »

بيمه صح ، اتفق الأصحاب في جميع هذه المسائل على ثبوت الخيار ،
لما ذكره المصنف رحمه الله .

وقوله : « بما يختلف به الثمن » يحتز به مما لا يختلف به الثمن ،
كالمسألة الثانية إذا سبطه فبان جمدا ، فإن الثمن يزيد به وما أشبهها
مما لا ينقص الثمن به ، ولو لم يخضب الشعر ولا شرط سواده ، ولكن
باعها مطلقا فوجدها المشتري بيضاء الشعر ، فسيأتي حكمه بالرد
بالميب إن شاء الله تعالى . ولو لم يلون الجوهر وباعه مطلقا ، والمشتري
يظنه عقيقا أو فيروزجا . قال القاضي حسين : لا خيار له كما لو
اشترى بقرة وقد عظم بطنها فظنها المشتري حاملا ولم تكن فلا خيار ،
ولك أن تقول : إذا ظن المشتري من غير اعتماد على أمر صحيح
الجزم بعدم الخيار . وأما إذا عظم بطن البهيمة من غير فعل البائع ،
وقلنا بأنه لو أكثر علفها حتى صارت كذلك ثبت الخيار على وجه
سيأتي إن شاء الله تعالى . فينبغي أن يكون كما إذا تحفلت الشاة بنفسها
فيجرب فيها ذلك الخلاف . وكذلك إذا تلون الجوهر من غير فعل
البائع ، ينبغي أن يجري فيه الخلاف ، ويكون حكمه حكم الشاة إذا
تحفلت بنفسها ، لأن الظن فيه قوى بخلاف انتفاخ البطن .

(المرتبة الثانية) ما في ثبوت الخيار فيها خلاف ، وهو على
قسمين ، منه ما مثار الخلاف فيه من ضعف الظن ، ومنه ما مثار الخلاف
فيه من خروجه على أكمل مما ظنه ، ولنقدم الكلام في هذا ، فمن
ذلك ما ذكره المصنف رحمه الله إذا سبط شعر الجارية ثم بان أنها
جمدة الشعر ، فلا شك أن الجعد أشرف ، وقد يكون السبط أشهى
إلى بعض الناس ففي المسألة طريقتان (أحدهما) ما ذكره المصنف
وارتضاه الإمام واقتصر الرافعي عليها ، أن في المسألة وجهين كالوجهين
فيما إذا اشترط أنها سبطة الشعر فبان جمدة ، ففي الخيار بالخلف
في هذا الشرط الوجهان المذكوران فيما إذا شرط أنها ثيب فخرجت بكرا
(أصحهما) في المسائل الثلاث أنه لا خيار ، والذي حكاه الماوردي
عن ابن سريج في شرط السبوبة .

(والطريقة الثانية) أنه لا يثبت الخيار في التدليس بالسبوبة
وجهها واحدا وإن ثبت في الخلف باشتراطها ، قال الصيدلاني : وجعل

ذلك ضابطا عاما أن كل ما لو كان مشروطا واتصل الخلف به اقتضى خيارا ، وجها واحدا ، فالتدليس المظاهر فيه كالشرط ، فإذا جمد شعر الملوك ثم بان سبطا ثبت الخيار وكل ما لو فرض مشهورا وصور المخلف فيه فكان في الخيار وجهان ، فإذا فرض التدليس فيه ثم ترتب عليه خلف الظن ، قال : لا خيار وجهها واحدا ، لضعف المظنون أولا وقصور الفعل في الباب عن القول . قال الامام : وهذا تحكم لا يساعد عليه ، والتدليس في ظاهر الفعل كالقول في مجال الوفاق والخلاف على الاطراد والاستواء ، فإذا سبط الرجل شعر الجارية ثم بان أن شعرها جمد ففي الخيار الوجهان عندنا .

قال ابن الرفعة : ونك أن تعجب من قول الامام أن ما ذكره الصيدلاني تحكم عجبا ظاهرا من جهة أن مأخذ اثبات الخيار عند التعرير بالفعل التصرية بلا نزاع وقد حكى أن مأخذ اثبات الخيار في المصرة عند بعض الأصحاب الحاق ذلك بالعيب ، وإذا كان كذلك لم يحسن اثباته إذا خرج المبيع أجود مما رآه لأنه لا عيب ويكون حينئذ الصيدلاني في قطعه ناظرا للمعنى المذكور ، ولعله هو قائله ، فان لم يكن هو قائله استفدنا من كلامه هذا أنه موافق له .

(قلت :) وهذا ضعيف لأمرين (أحدهما) أن الصيدلاني انما علل انتفاء الخيار لضعف الظن وقصور الفعل عن القول . وهذا المعنى لا فرق فيه بين الجعسودة والسبوبة ؛ فان لم يكن الفعل والظن معتبرا في الثاني لم يكن معتبرا في الأول ، فلا يثبت الخيار في واحد منهما ، وان قيل بمساواة ذلك القول فيثبت فيهما ، وان قيل باعتباره مع انحطاطه عن رتبة القول حتى يجري الخلاف ، فيجب أن يكون ذلك في الصورتين . أما الحكم بثبوت الخيار في الأولى قطعا كالقول وعدمه في الثانية قطعا لا وجه له . ولو كان الصيدلاني سكت عن التعليل لأمكن تحمل ذلك وأن الخيار ثابت في الأولى بالعيب ومنتهى في الثانية لعدم العيب ، لكن كلامه ناص على أن التدليس كالشرط في الصورة الأولى ، وعلى انتفاء الثانية لضعف الظن وقصور الفعل فلا جرم قال الامام : ان ذلك تحكم .

(الثاني) أن القائلين من الأصحاب بأن اثبات الخيار في التصرية

مأخذه اللاحق بالعيب ، معناه الاكتفاء في ثبوته بفوات الذى وطن المشتري نفسه عليه برؤيته للمبيع على تلك الصورة ، حتى يثبت فيما اذا تحفلت الشاة بنفسها ومقابلة القول الذى يلحق ذلك بخيار الخلف حتى لا يثبت الخيار ، الا اذا كان حاصلا بتدليس من البائع كما تقدم ، واذا كان كذلك أمكن أن يقول بثبوت الخيار ههنا لأن المشتري وطن نفسه على السبوة لما رآها ، وقد يكون له فيها غرض ، فليس معنى الحاق ذلك بالعيب الا جعل دلالة الرؤية على هذا الوصف كدلالة الغلبة على وصف السلامة ، فخروجها على غير الوصف الذى رآه هو العيب ، وليس الوصف الذى رآه من السبوة أو كبر الضرر من غير علم بالتصيرية عيبا ، والذى يقول بأن الغرض قد يتعلق بالشعر السبط لا يمنع أن يجعل خروجه جعدا بمنزلة العيب ، اذا كان الغرض قد تعلق بسبوطته باشتراط أو برؤية لا فرق بينهما ، ويدل على هذا أن الصحيح — كما تقدم — أن التصرية ملحقة بالعيب ، كما دل عليه كلام الشافعى رضى الله عنه والعراقيين ، ولذلك كان الصحيح ثبوت الخيار فيما اذا تحفلت بنفسها .

والطريقة الصحيحة ههنا جريان الوجهين ، فلو كان المأخذ في ذلك الحاقه بالعيب من كل وجه لقطعوا بعدم الخيار ههنا . وأما كون الصحيح من الوجهين ههنا أنه لا خيار ، فلأن الصحيح من الوجهين فيما اذا أخلف الشرط لصفة أكمل كذلك ، والله أعلم . وبما ذكرناه يظهر لك أن هذا القسم متفق على الحاقه بالتصيرية وانما الخلاف في الرد بحكم ذلك ، فعلى وجه يرد كما في التصرية ، وعلى الصحيح لا يرد لخروجه أكمل وهو لو شرط وصفا فخرج أكمل لم يرد على الصحيح . وبهذا التحقيق يتعين أن يكون هذا القسم من المرتبة الأولى ولا يكون من المرتبة المتوسطة التى تقدمت الاشارة اليها في كلام الامام ، وانما ذكرته في المرتبة الثانية لكونه من صور الخلاف في الجملة ، نعم كلام الصيدلانى وما أشار اليه من ضعف الظن وتصوير الفعل يقتضى التردد في الحاقه بالتصيرية ، وقد تقدم ما فيه . ثم ان المصنف رحمه الله رد الوجه الثانى بأنه لا اعتبار به أى لا اعتبار بغرض المشتري ، وانما الاعتبار بما يزيد في الثمن ، لأنه المعبر لعموم الناس ، وهذا سياى مثله أيضا في كلام المصنف فيما اذا شرط أنها ثيب فخرجت

يكرأ ، وقد حكى الروياني في البهر أنه لو صرح بإشتراط السيوطة
فخرجت جمعة ، قال بعض أصحابنا بخراسان : يثبت الخيار وجهها
واحداً لأجل التصريح ، وقيل : فيه وجهان . فحصل في كل من
المسألتين طريقان (الصحيح فيهما) إجراء الوجهين وقيل في المسألة
الشرط يثبت قطعاً ، وقيل في مسألة التدليس لا يثبت قطعاً .

(القسم الثاني من هذه المرتبة الثانية) التي هي محل الخلاف
ما يضعف الظن فيه . والخلاف في هذا القسم في الحاقه بالتصرية
لأجل التفرير والظن ، أولاً لضعف الظن في هذا القسم وقصوره
على الشرط والظن المستند الى أمر غالب ، فمن ذلك من جهة أن هذا
يقرب استكشافه وجرت العادة به بخلاف تسويد الشعر ونحوه ،
وكذلك الخلاف في هذا القسم ، فمن ذلك لو لطح ثوب العبد بالمداد
أو ألجسه ثوب الكتبة والخبازين ، أو سود أنامله وخيل كونه كاتباً أو
خبازاً فبان خلافه فوجهان (أحدهما) يثبت الخيار للتبليس (وأصحهما)
عند الرافعي وغيره لا خيار وبه جزم الجرجاني ، لأن الانسان قد
يلبس ثوب غيره عارية ، فالخشب للمشتري حيث اغتر بما ليس فيه
كثير تفرير ، وعلى هذا لو ألجسه ثوب الأتراك فظن المشتري أن
المملوك تركى وكان رومياً ، فالحكم على ما ذكرنا ، قاله صاحب
النتمة ، وكذلك لو أكثر علف البهيمة حتى انتفخ بطنها ، فتخيل المشتري
كونها حاملاً قاله الإمام والمتولى قولاً عن الأصحاب والرافعي .

كذلك لو أرسل الزنبور في ضرعها حتى انتفخ ، وظنها المشتري
لبونا قاله المتولى والرافعي أيضاً ، لأن الحمل لا يكاد يلتبس على
الخبير ، ومعرفة اللبن متيسرة بعصر الثدي ، بخلاف صورة التصرية ،
وكثرة اللبن ، فانه لا سبيل الى معرفتها ، وقيل اثبات الخيار في
مسألة تحمل الحمل منسوب الى أبي حامد ، وقال ابن الرفعة :
وظاهر كلام الأصحاب في ذلك يدل على أنه مفرع على أن الحمل
في الدواب ليس بعيب كما هو أظهر الوجهين في الرافعي في كتاب الصداق
والموجود في أكثر الكتب .

أما اذا قلنا : انه عيب ، وهو ما أورده في التهذيب ، فيظهر أن
يكون الكلام فيه كالكلام فيما اذا سبط شعر الجارية ثم بان أنها جمعة ،

لأن الأغراض تختلف به وإن كان يعده وصف كمال ، وقد أسلفت ما فيه .

(قلت :) وكان مراده بذلك أن يأتي فيه على طريقة قاطعة بعدم الخيار . كما قال الصيدلاني هناك ، وانتصر له . وإن كنت قد بينت هناك ما يردده من كلام الصيدلاني أما هنا فلا يأتي ما تقدم من الاعتراض بكلام الصيدلاني ، ولكن قد يقال : الحمل وإن كان عيبا فقد يقصده بعض العقلاء ، ويتعلق الغرض به ، ولهذا يصح اشتراطه في الجارية على الأصح ، وإن كان عيبا فيها ، ويثبت الخيار بعدمه كما قاله ابن يونس .

(والطريقة الصحيحة) اجراء القولين في اشتراط حمل الجارية . والطريقة القاطعة بالصحة فيها لأجل أن الحمل في الآدميات عيب ، وأن شرطه اعلام بالعيب ضعيف . والأصح أن الحمل في الجارية والبهيمة زيادة ونقص كما ذكره في كتاب الصداق ، فليس نقصا من كل وجه ، حتى يكون عدمه كعدم العيب ، بل عدمه يفوت به ما فيه من الزيادة . فلذلك يثبت به الخيار .

وقال ابن الرفعة في كتاب البيع : أنا إذا قلنا : أنه عيب فأخلف فلا خيار له كما إذا شرط أنه سارق فخرج غير سارق . وفي كلام الرافعي رضي الله عنه ما يقتضي أن هذه طريقة ليست المذهب ، ولكن مع ذلك إنما يأتي إذا قلنا الحمل عيب ونقص من كل وجه ، وهو بعيد . فإنه قد يكون مقصودا للعقلاء ويرغب فيه في بعض الأوقات لأغراض صحيحة بخلاف العيب المحض .

(المرتبة الثالثة) التي لا يثبت فيها الخيار قطعا ، وهو إذا جرى الخلف بشيء لا ظهور له ، كما إذا كان على ثوب العبد نقطة من مداد فهذا لا ينزل منزلة شرط كونه كاتباً ، هكذا ذكره الأمام ، ونبه على أن محل الوجهين اللذين ذكرتهما في المرتبة الثانية ، وأما إذا كان وقع المداد بحيث يعد من مثله أن صاحب الثوب ممن يتعاطى الكتابة ، وذكر الروياني فيما إذا كان على الثوب أثر مداد فظنه كاتباً طريقين :

(أحدهما) أن فيه وجها واحدا ، لأنه يحتمل أن يكون استعار ثوبا ، فقد ظن في غير موضعه ، فهذا الذى قاله الروياني يحتمل أن يكون في المسألة من حيث الجملة ، ويحتمل أن يكون القطع في محل ، والخلاف في محل آخر على ما تقدم ، ويحتمل أن يكون الطريقان في هذه المرتبة الأخيرة (والأفقه) التفصيل المتقدم ولم يذكر المصنف رحمه الله هذه المرتبة الأخيرة ولا شيئا من أمثلة القسم الثانى من المرتبة الثانية ، وانما ذكر مسألة سبوطه الشعر وقد نبهت على أنها - وان كان فيها خلاف في الرد - فليس ذلك اختلاف في الحاقه بالمصراة ، بل لأجل خروجها على الوصف الأكمل .

فينبغي أن يحمل كلام المصنف رحمه الله على أنه لم يرد الا ذكر المصراة وما يلحق بها ، ولذلك ذكر بعده مسألة هي من المرتبة الأولى انتى لا خلاف في ثبوت الخيار فيها ، وهي اذا اشترى صبرة ثم بان أنها على صخرة ، أو بان أن باطنها دون ظاهرها في الجودة ، أى وان كان الكل جيذا لا عيب فيه ، فأما مسألة الصبرة اذا بان أنها على صخرة وكان المشتري عند العقد يظن أنها على استواء الأرض ، فهل يتبين بطلان العقد ؟ وفيه وجهان (أحدهما) لا ، ولكن للمشتري الخيار كما ذكره المصنف رحمه الله تنزيلا لما ظهر في منزلة العيب والتدليس ، وهو الذى نص عليه الشافعى في باب السنة في الخيار في الجزء السابع من الأم .

قال الرافعى رضى الله عنه : وهذا ما أورده صاحب الشامل وغيره (قلت) ومن جزم به المساوردى في باب الشرط الذى يفسد البيع ، والقاضى أبو الطيب قبل باب بيع المصراة .

(والثانى) وبه قال الشيخ أبو محمد يتبين بطلان العقد ، لأننا بنينا بالآخرة أن العيان لم يفد علما ، هذا اذا ظنها مستوية الأرض ، أما لو علم بالحال فثلاثة طرق (أحصاها) أن في صحة البيع قولى بيع الغائب (والثانى) القطع بالصحة (والثالث) القطع بالبطلان ، وهو ضعيف ، وأن كان منسوبا الى بعض المحققين .

(فإن قلنا :) بالصحة فوقت الخيار هنا معرفة مقدار الصبرة أوالتمكن من تخمينه برؤية ما تحتها ، والوجهان في حيلة الظن

الاستواء مفرعان على القول بالبطلان ههنا ، وأما إذا بان أن باطنها دون ظاهرها في الجودة ، فالقتيبس حاصل كمسألة المصراة ، وتجميع الشعر ، وشبهها من المسائل المجزوم بثبوت الخيار فيها ولم أرها في غير كلام المصنف رحمه الله ، أتبعه ابن أبي عصرون في الانتصار والمرشد ، وإنما المشهور في كلام الأصحاب إذا وجد باطنها عفا أو ندبا أو معيبا ، أما إذا وجد دون ظاهرها في الجودة مع كونه غير معيب فقل من تعرض له ، لكن في كلام الشيخ ما يحتمله ، فإنه قال في باب الشرط الذي يفسد البيع : أن نقلها فوجد أرضها مستوية وباطن الطعام كظاهره فالبيع لازم ، وإن كانت على دكة أو خرج الطعام متغيرا كان له الخيار ، لأنه تدليس ، فهذا الكلام يمكن أن يؤخذ منه ما ذكره المصنف ، وبالجمله فالحكم فيه واضح للتدليس ، وهذا فرع عن القول بصحة البيع .

وقد قال الامام عند الكلام في بيع الغائب : ولو كان باطن الصبرة يخالف ظاهرها فحفظي عن الامام أن ذلك بيع غائب ، وفيه احتمال ظاهر عندي ، وإنما أخر المصنف هذه المسألة بعد مسألة تسبيط الشعر المختلف فيها حتى يجعل تسبيط الشعر بعد تجميعه ، والخلاف فيها لغير الحاقها بالمصراة كما تقدم التنبيه عليه ، والله تعالى أعلم .

وقد يقال : أن العلم بباطن الصبرة مما يسهل استكشافه بادخال يده فيها ونحوه فهلا كان ذلك ككلف البهيمه وارسال الزنبور وأخواتها ؟ وقد تقدم أن الأصح عدم ثبوت الخيار فيها لسهولة الاستكشاف .

(والجواب) أن الاستدلال بظاهر الصبرة على باطنها أمر معتاد ، لا ينسب صاحبه الى تفريط ويشق تقليب الصبرة بكمالها ، وأما انتفاخ بطن البهيمه وضرعها وأخواتها فلا يدل دلالة واضحة على الحمل واللبن ، والمكتفى بدلالة ذلك على الحمل واللبن ، ودلالة تلطح الثوب بالمداد على الكتابة منسوب الى تفريط ، وقد نص الشافعي رحمه الله فيما نقله أحمد بن بشرى على أنه أن خلط خنطة بشعر ثم جعل أعلاها خنطة لم يجز ، وإن خلطهما أو خنطتين احدهما أرفع فلا بأس ببيعها إذا كان ظاهره وباطنه واحدا فالتقيد بذلك دليل

على أنه إذا جعل ظاهرها أجود يثبت الخيار ، لأنه جعله من الغش المحرم ، والغش المحرم يثبت الخيار .

(فروع) إذا أسلم اليه في جارية جعدة فسلم اليه جعدة فلا خيار له على أصح الوجهين ، قاله القاضي أبو الطيب .

اشتري جارية على أن شعرها أبيض فكان أسود ، ففى الرد وجهان في الحاوى وغيره . قال في المجرى من تعليق أبى حامد وغيره : الصحيح أنه لا يرد ، وقياسه أن يأتى الوجهان فيما إذا شاهد شعرها أبيض فبان أسود كما في السبوبة ، وكذلك في البحر . لكنه في نسخة سقيمة لم أثق بها الخيار في تلقى الركبان مستنده التعرير كالتصرية ، وكذا خيار النجش أن أثبتناه . ومن التدليس الذى لا يثبت به خيار أن يقول كاذبا طلب هذا الشيء منى بكذا ، أو اشتريته بكذا ، فإن المشتري يغتر بما يقوله ويزيد في الثمن بسببه ، قاله القاضي حسين وغيره ، والله تعالى أعلم .

(فرع) غير المصراة إذا حلب لبنها ثم ردها بعيب ، ذكر العراقيون هذا الفرع في مناظرة جرت بين الشافعى ومحمد ابن الحسن بعضهم عن الأملاء وبعضهم عن القديم قال الشافعى : قال لى محمد بن الحسن : فما تقولون فيما إذا اشتري ثاة ليست بمصراة ولكن فيها لبن فحلبها زمانا ثم وجد بها عيبا أله الرد ؟ .

(قلت :) نعم فقال : إذا رد أبرد شيئا لأجل اللبن ؟ .

(قلت :) لا ، هكذا نقل الشيخ أبو حامد هذه المناظرة قال : والفصل بينهما أن لبن المصراة متحقق فوجوده حالة العقد يتقسط عليه بعض الثمن فوجب رد قيمته على البائع عند تلفه وغير المصراة لا يتحقق وجود لبنها حالة العقد ، فلم يتقسط عليه شيء من الثمن فلم يجب رد قيمته .

واعترض الامام على ذلك بأننا إذا كنا نردد القول في أن الحمل هل يعلم ؟ فاللبن معلوم في الضرع ، قال : وكيف لا ؟ وقد تتكامل الدرة ، ويأخذ الضرع في التقطير ، ولكن الوجه أن نجعل اللبن كالحمل في مقابلته بقسط من الثمن (فان قلنا) لا يقابل بقسط ، فالجواب

ما يحكوه (وان قلنا) يقابل ، فالوجه أن يرد بسبب اللبن شيئا ،
 وجزم صاحب التهذيب بأنه يرد معها ضاعا من تمر • وحكى
 الرافعي ما قاله صاحب التهذيب ، وما حكاه أبو حامد عن النص ، وما
 رواه الامام عن التخريج على أنه هل يأخذ قسطا من الثمن ؟
 قال : والصحيح الأخذ ، وذلك اشارة الى ترجيح طريقة الامام أو
 طريقة صاحب التهذيب على الطريقة المحكية عن النص ، وأن الأصح
 أنه يرد بدل اللبن •

وقال الماوردي : ان له الرد وعليه رد بدل اللبن ، ولكن لا يلزمه
 رد صاع لأن الصاع عوض لبن التصرية ، فان اتفقا على قدره
 فذاك ، والا فالقول قول المشتري ، فهذه أربع طرق ، وفي تعليق أبي على
 الطبري عن ابن أبي هريرة أنه يردّها قولاً واحداً ، ويرد معها صاعاً
 من تمر على أصح الوجهين ، وفي هذا موافقة لصاحب التهذيب ،
 وفي تعليق الشيخ أبي حامد التي بخط سليم ، وتعليق القاضي أبي الطيب
 وغيرهما تفصيل لا بد منه ، وهو أنه اذا لم يمكن هناك رد اللبن المطلوب
 ولا رد شيء لأجله ، لأن اللبن لم يكن موجوداً في حالة العقد وانما
 حدث في ملكه وان كان ينتج في تلك الحالة شيء فذلك يسير لا حكم
 له ، وما حدث في ملكه لا يمنعه من الرد ولا يوجب عليه بدلا كغلة
 العبد ، فهذا القسم لا يمكن الخلاف فيه ، لأنه ليس عند العقد لبن
 يقابل بقسط من الثمن ، فايجاب البديل لا يدل عليه معنى ولا يفيد أن
 في ضرعها لبن^(١) مجتمع لبن العادة لا لبن التصرية ، فحلبها ثم علم
 بها عيبا ، فان كان اللبن تالفا فلا رد ، لأنه تناوله لاستعلام العيب ،
 فلا يمكن له رد بعض المبيع •

ونقل القاضي أبو الطيب أن من أصحابنا من قال : له رد الثأمة
 ولا يرد بدل اللبن ، وأنه نص عليه في القديم ، لأن لبن غير التصرية
 يسير ، قال أبو الطيب والثأمة : والأول أقيس ، واذا ضمنت

(١) لبن هنا اسم ل (أن) بخون تنوين لأنه مضاف والمضاف اليه مجتمع
 الذي أضيف اليه لبن العادة فهنا تتألى اضافات فانتبه •

(المطبع)

ما ذكره الرافعى والماوردى الى ما اختاره هو لاجتماع فى المسألة فى هذا القسم خمس طرق :

(أحدها) امتناع الرد . وهو اختيار الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب ومن وافقهما .

(والثانى) الرد فلا يرد بدل اللبن شيئا ، وهو المحكى عن نصه فى القديم . والرافعى نقله عن حكاية أبى حامد ، ولم أره فى تعليقه فى هذا القسم صريحا ، وانما ذكره مطلقا . وأما أبو الطيب فانه صرح به فى هذا القسم كما ذكرت .

(الطريق الثالث) قول صاحب التهذيب : انه يردّها ويرد صاعا من تمر .

(الرابع) قول الماوردى : انه يرد بدل اللبن ولا يرد الصاع .

(الخامس) قول الامام التخرىج على مقابله بالقسط والأصح المقابلة ، فيلزم رد بدله ، لكن ماذا يرد هل هو التمر ؟ كما قال صاحب التهذيب أو غيره ؟ كما قال الماوردى ، لم يصرح الامام فى ذلك بشىء .

وان كان اللبن باقيا فعند الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب ومن وافقهما ينبى على الوجهين المتقدمين ، فيما لو كان اللبن باقيا وطلب المشتري رده مع المصرة (ان قلنا) يرد رده وردها بالعيب (وان قلنا) لا يرد يرجع بالأرث ولم يتعرض الرافعى رحمه الله وصاحب التهذيب والامام والماوردى لحالة بقاء اللبن بخصوصها ، والظاهر أن صاحب التهذيب القائل : يرد به الصاع التمر . لا يفترق الحال عنده بين بقاء اللبن وتلفه كالمصرة على المذهب ، والماوردى يحتمل أن يكون كذلك ، وهو الظاهر لتعذر العلم بمقدار اللبن ، إلا أن يتفقا على رده ، وقول الامام محتمل لكلام صاحب التهذيب وكلام الماوردى كما تقدم ، فعلى هذا يأتى فى حالة بقاء اللبن أيضا ست طرق : امتناع الرد أو الرد ، ولا يرد معها شيئا ، والرد مع رد اللبن ، أو الرد مع رد التمر ، أو الرد مع رد البدل غير التمر ، أو التخرىج على المقابلة بالقسط .

وفي هذه المسألة اذا قلنا برد الشاة مع اللبن عند مقابلة شيء ليس في مسألة المصراة على ذلك القول ، وهو أنا هناك نقول له أن يرد ويجبر البائع على القبول وللمشتري مع ذلك أن لا يرد اللبن ويرد الشاة وحدها مع التمر . وأما هنا على هذا القول فانا نقول : اما أن يرد اللبن والشاة ، واما أن لا يرد شيئا ، ولا نقول ان له رد التمر ، لأنه لو كان تالفا لم يرد التمر ، وانما يمتنع ، فكذاك اذا كان باقيا ، واللبن عند هؤلاء لعين أخرى ورد عليها العقد في غير التصرية ، والله أعلم .

(تنبيه) اعلم أن كل من قال بالرد ورد شيء بدل اللبن يقول بأن اللبن يقابله قسط من الثمن ، ومن يقول بأنه لا يرد أصلا يقول بأنه مقابل بالقسط ، فيشبهه أن تكون اطلاقاتهم مخرجة على ذلك ، لا أن تكون طريقة مخالفة ، وحينئذ تعود الطريق الى القسم الأول الى أربعة في الثاني الى خمسة ، وانما ذكرت طريقة الامام معهم لمغايرتها في ظاهر العبارة ، والله أعلم .

واذا وقفت على ما تقدم علمت أن الذي ينبغي أن يكون هو الصحيح أحد قولين ، اما امتناع الرد في القسم الأول كما اختاره الشيخ أبو حامد ، وقال القاضي أبو الطيب : انه الأقيس ، وذلك لأن الصحيح أن اللبن يقابله قسط من الثمن ، فليس له أن يرد من غير رد بدله ولا مع بدله ، لما فيه من تفريق الصفقة ، ورد الشاة بعد تعيينها بما ليس من ضرورة الوقوف على العيب ، ولأن الصاع الذي جعل بدلا عن اللبن ورد في المصراة على خلاف القياس فلا يقاس غيره عليه ، وكذلك في القسم الثاني ، لأنهم بنوه على الوجهين السابقين في رد لبن المصراة عند بقاءه ، والصحيح هناك أنه لا يجب على البائع قبوله ، ومقتضى البناء أن يكون الصحيح هنا أنه لا يرد ويأخذ الأرش ، وأخذ الأرش في القسمين اذا قلنا بامتناع الرد ، سواء كان اللبن باقيا أو تالفا ، وان سكتوا عنه فالصحيح حينئذ امتناع الرد مطلقا في القسمين .

وأما قول صاحب التهذيب انه يردها وصاعا من تمر مطلقا في القسمين ففيه بعد . فان في الحديث الوارد في المصراة ان صح قياس

هذه عليه وجب أن يرد التمر كما قال صاحب التهذيب ، وإن لم يصح قياسها على المصرة وجب أن يجرى فيها على حكم القياس . فبمقتع الرد كما قاله أبو الطيب ومن وافقه فيقول : الماوردي مخالف للأمرين جميعا . فأصح الأقوال وأحسنها أحد القولين ، أما قول أبي الطيب ومن وافقه ، وأما قول صاحب التهذيب . وفي كل منهما مرجح .

أما قول صاحب التهذيب فلأنه لما علم من الشارع في المصرة أن بدل اللبن صاع من تمر وجب أن يكون ذلك بدلا له في المصرة في غيرها ، لاسيما والمعنى الذي ثبت لأجله من قطع التنازع موجود هنا . فثبتت بالقياس على المصرة ، وأما قول الشيخ أبي حامد وأبي الطيب ومن وافقهما فيرجحه الجريان على القياس الكلى في غير المصرة ، وقصر الحكم الوارد في الحديث على محل النص . لكونه مخالفا للقياس فلا يتعدى به محله ، والمختارون لهذا القول من العراقيين أكثر . وقال صاحب العدة : انه ظاهر المذهب ، وعندى في الترجيح بين القولين نظر ، ان قوى القياس على المصرة يترجح قول صاحب التهذيب ، والا يرجح قول أبي الطيب ، وهو ومن وافقه يجيبون عن القياس على المصرة بأن المصرة حلبها لاستعلام العيب بخلاف هذه . والقلب الى ما قاله هؤلاء أميل منه الى ما قاله صاحب التهذيب . والعجب أن الرافعي لم يتعرض لهذا ولا حكاه . هذا اذا كان عند العقيد لبن موجود له قيمة . فان لم يكن كذلك جاز رد الشاة وحدها كما تقدم ذلك مما لا نزاع فيه .

واعلم أن اطلاق النص يقتضى أيضا مخالفة قول الأكثرين . وقول صاحب التهذيب وقول الماوردي وأنه يردها ولا يرد معها شيئا ، فاما أن يكون ذلك من الأقوال القديمة كما اقتضاه نقلهم له عن القديم ، واما أن يكون محمولا على ما اذا كان لبن يسير . أما اللبن الكثير فهو مقابل بقسط من الثمن على ما صرح به الشافعي رضى الله عنه في الأم وحكيناه في غير موضع ، فلا يمكن القول بالرد بدون رد بدله ، والله أعلم . الا اذا قلنا بأنه لا يقابل بقسط من الثمن .

ويحتمل أن يحمل قول الشافعي رضى الله عنه : لا يرد شيئا لأجل

اللبن ، أى اللبن الحادث ، فان فى نصه الذى حكاه ابن بشرى قال : « واذا اشترى شاة غير مصراة فاحتلبها شهرا أو أكثر ثم ظهر على عيب دلس له فيها ردها ولم يرد معها شيئا » وقوة هذا الكلام تشير الى أنه لا يرد معها شيئا عن ذلك الذى احتلبه طول الشهر ، وصاحب التهذيب فيما قاله فى هذه المسألة تابع للقاضى حسين فانه سئل عنها فقال : ينبغى أن يرد معها صاعا من تمر ، والله أعلم .

(فرع) اذا كانت الشاة غير مصراة وشككتا هل كان فى ضرعها حين البيع لبن له قيمة أو لا ؟ لم يرد معها شيئا . وعليه يحمل قول الشيخ أبى حامد ومن وافقه فيما تقدم أن غير المصراة لا يتحقق وجود لبنها حالة العقد فلم يتقسط عليه الثمن فلم يجب رد قيمته . والله أعلم .

(فرع) الكلام الى هنا فى بيع المصراة ، ومن الفصل الذى بعده فى الرد بالعيب والمزنى فى المختصر ، وأكثر الأصحاب جملوا ذلك بابين ، فترجموا الأول بباب بيع المصراة ، وترجموا الثانى بباب الخراج بالضمان والرد بالعيوب . والمصنف رحمه الله جعل ذلك بابا واحدا لاشتراكهما فيما نهت عليه أول الباب ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(ومن ملك عينا وعلم بها عيبا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها . لما روى عقبة بن عامر رضى الله عنه قال : سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول : « المسلم أخو المسلم ، فلا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا يعلم فيه عيبا الا بينه له » فان علم غير المالك بالعيب لزمه أن يبين ذلك لمن يشتريه لما روى أبو سباع قال : « اشتريت ناقة من دار وائلة بن الأسقع فلما خرجت بها أدركنا عقبة بن عامر فقال : هل بين لك ما فيها ؟ قلت : وما فيها ؟ انها لسمينة ظاهرة الصحة . فقال : أردت بها سفرا أم أردت بها لحما ؟ قلت : أردت عليها الحج قال : ان بخفها نقبا . قال صاحبها : أصلحك الله ما تريد الى هذا تفسد على ؟ !! قال : انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا يحل لأحد يبيع

شيئا الا بين ما فيه ، ولا يحل لمن يعلم ذلك الا بينه » فان باع ولم يبين العيب صح البيع . لأن النبي صلى الله عليه وسلم صحح البيع في المرأة مع التدليس بالتصرية) .

(الشرح) حديث عقبة بن عامر هذا رواه ابن ماجه وأخرجه الحاكم في المستدرک وقال : هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه . فأما حكمه بصحته فصحيح ، لأن رواته كلهم ثقات من رجال الصحيح ولا يظهر فيه علة مانعة ، وأما قوله انه على شرط الشيخين ففيه نظر ، لأن في رواته يحيى بن أيوب وهو الغافقي ، وشيخ شيخه عبد الرحمن بن شماسه وكلاهما لم يرو عنه البخاري ، وانما هما من أفراد مسلم .

وللحاكم شيء كثير مثل هذا ، وذلك محمول منه — والله أعلم — على أن الرجال المذكورين في اسناد هذا الحديث لا تقصر رتبته عن الرجال الذين اتفق الشيخان عليهم واثبات ذلك صعب ، فانه يتوقف على سير جميع أحوال هؤلاء وهؤلاء ، والموازنة بينهما ، وان تأتى ذلك في النادر فانه يصعب في الأكثر ، ولعل عند البخاري شيئا من حال الشخص الذى لم يخرج له لا نطلع نحن عليه ، فدعوى أنه على شرطه فيها ما علمت . نعم هذا الحديث على شرط مسلم لأن الرجلين المذكورين أخرج لهما مسلم والباقيين متفق عليهم .

وقد ذكر البخاري في جامعه الصحيح هذا الحديث من كلام عقبة بن عامر فقال في (باب اذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا . وقال عقبة بن عامر : « لا يحل لامرئ يبيع سلعة يعلم بها داء الا أخبره ») أورده هكذا معلقا ، وذلك لا يقدح في رواية من رواه مرفوعا ، وعقبة أفتى بذلك بمقتضى الحديث الذى سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم .

(وأعلم) أن في لفظ الحديث في رواية كل من ابن ماجه والحاكم مخالفة يسيرة في اللفظ لما ذكره المصنف رحمه الله في الكتاب ، فان لفظ ابن ماجه « المسلم أخو المسلم ، ولا يحل لمسلم باع لأخيه بيعا فيه عيب الا بينه له » ولفظ الحاكم كذلك ، وكذلك البيهقي عنه « المسلم

أخو المسلم ، ولا يحل لمسلم ان باع من أخيه بيعا فيه عيب أن لا يمينه له » وليس في شيء من الروايتين التقييد بالمعلم كما في كلام المصنف رحمه الله ، وان كان العلم لا بد منه في التكليف ، ولكن ترك ذكره كما في الرواية أبلغ من الزجر عن ذلك ، وأدعى الى الاحتياط والاحتراز ، فإنه قد يكون بالمبيع عيب لا يعلمه البائع ، ولكنه متمكن من الاطلاع عليه ، ولو بحث عنه واستكشفه لعلمه ، فاهماله لذلك وتركه الاستكشاف مع تجويزه له تفريط منه لا يمنع تعرضه لللاثم بسببه ، نعم التقييد بالمعلم مذكور في الأثر الذي ذكره البخاري من كلام عقبة ، وبقيّة المخالفة في اللفظ يسيرة لا يتعلق بها معنى ، وكل الألفاظ المذكورة تدل على أن الذي لا يحل هو الكتمان لا البيع ومعرفة هذا هنا نافعة في صحة البيع كما سبأني ان شاء الله تعالى في آخر الفصل .

وروى هذا الحديث عقبة بن عامر بن عيس - بقاء موحدة من تحت سائكة - الجهني ، وفي نسبه وكنيته اختلاف كثير ، والأصح في كنيته أبو حماد سكن مصر وكان واليا عليها ، وتوفي بها في آخر خلافة معاوية ، وروى عنه جماعة من الصحابة وخلق من التابعين ، وسند هذا الحديث من يحيى بن أيوب اليه ، وهم أربعة كلهم مصريون ، وقبر عقبة معروف مشهور بالقراءة .

وحديث واثلة بن الأسقع الذي ذكره المصنف رحمه الله أخرجه الحاكم في المستدرک من طريق أبي سباع المذكور ، وقال : هذا حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه ، وفي حكمه بصحته نظر فأنه من رواية أبي جعفر الرازي عن يزيد بن أبي مالك عن أبي السباع ، وأبو جعفر الرازي وهو عيسى بن عبد الله بن مآهان التميمي ، وثقه يحيى بن معين وأبو حاتم الرازي وتكلم فيه جماعة ، قال الفلاس : سئء الحفظ ، وقال أبو زرعة الرازي : يهم كثيرا وقال أحمد : ليس بقوى وقال مرة : مضطرب الحديث وقال مرة : صالح الحديث وعن الساجي أنه قال : صدوق ليس بمتقن وقال ابن حبان : كان ممن ينفرد بالناكير عن المشاهير ، لا يعجبني الاحتجاج بخبره الا فيما يوافق الثقات ولا يجوز الاعتبار بروايته فيما يخالف الأثبات .

وأما يزيد بن أبي مالك فقال يعقوب الفسوي : في حديثه لين
وابنه خالد ، هذا ما قاله الفسوي ، وقال أبو حامد : من فقهاء
الشام وهو ثقة ، وسئل أبو زرعة عنه فأثنى عليه خيرا ، وهو يزيد
ابن عبد الرحمن بن أبي مالك ، وقد روى عنه واثلة نفسه ، وما قاله
أبو حاتم وأبو زرعة فيه أولى مما قاله الفسوي .

وأما أبو سباع فشامي تابعي لم أعلم من حاله غير ذلك ، وواثلة
ابن الأسقع الراوي لهذا الحديث من الصحابة المشهورين وهو من
بنى ليث بن بكر بن عبد مناف بن كنانة ، واختلف في نسبه الى ليث ،
ولا خلاف أنه من بنى ليث ، أسلم والنبي صلى الله عليه وسلم يتجهز الى
تبوك ويقال أنه يخدم النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث سنين ، وعلى
هذا يكون إسلامه قبل تبوك ان كان المراد ثلاث سنين كوامل ، وكان
من أهل الصفة سكن الشام بقرية يقال لها البلاط على ثلاثة فراسخ
من دمشق ، وشهد المغازي بدمشق وحمص ، ثم تحول الى بيت المقدس
ومات بها ، وهو ابن مائة سنة .

وقال ابن معين : توفي سنة ثلاث وثمانين وهو ابن مائة وخمس
سنين ، كذا قال البخاري في التاريخ الكبير ، ورواه في الصغير عن
ابن عياش ، وهو اسماعيل عن سعيد بن خالد ، وقيل : بل توفي
بدمشق في آخر خلافة عبد الملك سنة خمس أو ست وثمانين .

قال أبو مسهر : ويحيى بن بكير : مات سنة خمس وثمانين وهو
ابن ثمان وتسعين سنة يكنى أبا الأسقع ، وقيل : أبو محمد ،
وقيل : أبو قرصافة ، وهذا القول الثالث في كنيته قال البخاري :
انه وهم وقيل : أبو الخطاب نقله البغوي في معجمه والصحيح
في نسبه واثلة بن الأسقع بن عبد العزى بن عبد ياليل بن ناشب
ابن غيرة بن سعد بن ليث بن بكر والأسقع بقاف وغيره — بغين
معجمة مكسورة وياء مثناة من تحت مفتوحة — ومن فضائله ما ذكره
البخاري في تاريخه عنه قال : لما نزلت « **انما يريد الله ليذهب عنكم
الرجس أهل البيت** » (١) فقال : وأنا من أهلك ؟ فقال : وأنت من أهلي ،

قال : فهذا أرجا ما أرتجى ، وأكثر الناس يقولون فيه : واثلة
ابن الأسقع ، وروى عن مكحول قال هو واثلة بن عبد الله بن الأسقع .

وأبو السباع ثامى تابعى ذكره الحاكم أبو أحمد وابن عساكر
من طريقه ولم يزد على ذلك ، وروى البيهقي هذا الحديث في السنن
الكبير عن الحاكم وأبى بكر المخزومي معا بذلك الاسناد ، ولفظ
الحديث في المستدرک وسنن البيهقي كما ذكره المصنف رحمه الله
الا شيئا يسيرا فيه « فلما خرجت بها أدركنى واثلة ، وهو يجبر
رداءه فقال : يا عبد الله اشتريت ؟ قلت : نعم قال : بين لك ما فيها ؟ »
والباقى سواء فى المعنى وهذان الحديثان اللذان ذكرهما المصنف رحمه
الله عن عقبه وواثلة متفقان على تحريم كتمان البائع العيب . ويزيد
حديث واثلة بتحريم ذلك على غير البائع أيضا إذا علمه ، وقد
وردت أحاديث فى المعنى غير ما ذكره المصنف منها عن أبى هريرة أن
النبي صلى الله عليه وسلم « مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها
فناالت أصابعه بللا فقال : ما هذا يا صاحب الطعام ؟ قال : أصابته
السماء يا رسول الله . قال : أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه
الناس ؟ من غش فليس منى » رواه مسلم فى أول كتابه الصحيح
وأصحاب السنن .

وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « مر
برجل يبيع طعاما فقال : كيف تبيع ؟ فأخبره فأوحى الله اليه أن أدخل
يدك فيه فأدخل يده فاذا هو مبلول ، فقال له رسول الله صلى الله
عليه وسلم : ليس منا من غش » رواه البيهقي . وعن العداء : — بفتح
العين وتشديد الدال المهملة وبعدها ألف ممدودة — ابن خالد قال :
كتب الى النبى صلى الله عليه وسلم « هذا ما اشتري محمد رسول
الله من العداء بن خالد بيع المسلم المسلم لا داء ولا خبثة ولا
غائلة » رواه البخارى تعليقا ، فقال : ويذكر عن العداء بن خالد .

وقال قتادة : الغائلة الزنا والسرقة والاباق — وهكذا هو فى
البخارى : « اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد » والخبثة
ما كان غير طيب الكسب ، وسأل الأصمعى سعيد بن أبى عروبة عنها فقال :
بيع أهل عهد المسلمين ، والأول أصح ، وهى — بكسر الخاء

وسكون الباء الموحدة وبالثاء المثلثة — فكأنه يقول : لا مرض ولا حرام ولا شيء يفعله أى بملكه من اباق وغيره .

ورواه الترمذى وابن ماجه متصلًا كلاهما عن محمد بن بشار عن عباد بن الليث عن عبد المجيد بن وهب قال : قال لى العداء ابن خالد بن هوذة : « ألا أقرؤك كتابا كتبه لى رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قلت : بلى فأخرج لى كتابا : هذا ما اشترى العداء ابن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى منه عبدا أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم » قال الترمذى : هذا حديث حسن غريب ، وعن مكحول وسليمان بن موسى كليهما عن واثلة بن الأسقع قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « من باع عبدا ولم يبينه لم يزل فى مقت الله ولم تزل الملائكة تلعه » رواه ابن ماجه .

وعن عمير بن سعيد عن عمه وهو الحارث بن سويد النخعى قال : « خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم الى البقيع فرأى طعاما يباع فى غرائر فأدخل يده فأخرج شيئا كرهه فقال : من غشنا فليس منا » قال الحاكم فى المستدرک : هذا حديث صحيح .

وعن أبى الحمراء قال : « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بجنبات رجل عنده طعام فى وعاء فأدخل يده فيه فقال : لعلك غششت : من غشنا فليس منا » رواه ابن ماجه ، والأحاديث فى تحريم الغش ووجوب النصيحة كثيرة جدا ، وحكمها معلوم من الشريعة ، وكتمان العيب غش ، وفى حديث حكيم بن حزام الثابت فى الصحيحين عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فان صدقا وبينا بورك لهما فى بيعهما ، وان كذبا وكتما محقت بركة بيعهما » .

وعن تميم الدارى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الدين النصحية » وعن جرير رضى الله عنه قال : « بايعت رسول الله صلى الله عليه وسلم على اقامة الصلاة وإيتاء الزكاة والنصح لكل مسلم » رواهما مسلم .

(أما اللغة) فالعيب ، قال الجوهري : العيب والعيبة والمعاب بمعنى واحد تقول عاب المتاع اذا صار ذا عيب ، وعيبته أنا يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب أيضا على الأصل فيقول : ما فيه معابة ومعاب أى عيب ، والمعاب العيوب ، وعيبه نسبة الى العيب ، [وعيبه] (١) جعله ذا عيب وتعيبه مثله .

وقال ابن فارس : العيب فى الشيء معروف وقد قسم أصحابنا العيب وأوضحوه وبينوه بيانا شافيا ، وسأذكر ذلك ان شاء الله تعالى عند قول المصنف : والعيب الذى يرد به المبيع ما يعمده الناس عيبا .

والنقب — بفتح النون والقاف وبعدها باء موحدة ، وهو مصدر نقب بكسر القاف ينقب بفتحها — يقال : نقب خف البعير اذا رق وحفى ونقب الخف اذا تخرق ، ويقال نقب البيطار — بفتح القاف — سره الدابة ليخرج منها ماء ، وتلك الحديدة منقب ، وذلك المكان منقب ، وقوله بخفها قال أهل اللغة : الخف للبعير والحافر للفرس والبغل والحمار ، وما ليس بمنشق القائم من الدواب ، والظلف للبقر والغنم والظباء ، وكل حافر منشق منقسم .

والتدليس المراد به اخفاء العيب مأخوذ من الدلسة وهى الظلمة ، وقال الأزهري : التدليس أن يكون بالسلعة عيب باطن ولا يخبر البائع المشتري بذلك العيب الباطن ويكتفه اياه ، فاذا كنتم البائع العيب ولم يخبر به فقد دلس ، ويقال فلان لا يدلس ولا يواكس أى لا يخادع ، وما فى فلان دلس ولا وكس ، أى ما فيه خبث ولا مكر ولا خيانة . هذا من كلام الأزهري رحمه الله .

(أما الأحكام) فقد تضمن الفصل ثلاث مسائل : الأولى أن من ملك عينا وعلم بها عيبا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها ، وهذا الحكم متفق عليه للنصوص المتقدمة لا خلاف فيه بين العلماء ، قال الشافعى رحمه الله فى آخر باب الخراج بالضمان من المختصر : « وحرام التدليس . وكذلك جميع الأصحاب » .

(١) بفتح العين وتشديد الياء المثناة مع الفتح .

وأما ما قاله الجرجاني في الشافعي والمحاملي في المقنع أنه إذا كان مع الرجل سلعة وبها عيب يعلمه وأراد بيعها ، استحب له اظهاره ، فعبرة رديئة موهمة ، وأن ذلك غير واجب ، وذلك لا يقوله أحد له علم ، وتقييد المصنف رحمه الله بالعلم قد تقدم شيء من الكلام فيه . وإن نص الحديث مطلق بخلاف ما أورده المصنف رضي الله عنه في التنبيه . ومن علم بالسلعة عيبا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها ، وذلك يشمل المالك والوكيل والولي . وعبارته هنا مختصة بالمالك ، لكن الوكيل والولي يندرج في قوله هنا : وإن علم غير المالك بالعيب لزمه أن يبين ، وقول المصنف رحمه الله في الكتابين جميعا يدل على أن البيع عند كتمان العيب محرم . وعبرة الشافعي في قوله : وحرام التدليس . وكذلك عبارة كثير من الأصحاب تدل على حرمة كتمان العيب ووجوب بيانه ، ولم يتعرض للبيع ، وكذلك ألفاظ الأحاديث في ذلك .

وقد أشرت الى هذا المعنى فيما تقدم ، ولكن لا منافاة بين الكلامين ، وكلا الأمرين حرام وحرمتها مختلفة ، فالتدليس حرام بالقصد في نفسه ، والبيع ليس حراما لذاته ، ولكن حرام لغيره ، وضبط هذا نافع فيما سيأتى في صحة البيع .

وفي عبارة المصنف والأصحاب وألفاظ الحديث تنبيه على أنه لا يكفي البائع العالم بالعيب أن يقول : هو معيب ، أو يبيعه بشرط البراءة من العيوب ، أو يقول : إن به جميع العيوب أو أنه لا يضمن غير الحل كما جرت عادة بعض الناس بفعل ذلك ، بل لابد من بيان العيب المعلوم بعينه ، والعبارات الأولى كلها فيها أجمال لا بيان ، وقد يظن المشتري سلامته عن ذلك ، فإن البائع انما قال ذلك حذرا من العهدة بخلاف ما إذا نص له على العيب بعينه ، فانه يدخل فيه على بصيرة . واطلاق المصنف رحمه الله والأصحاب والشافعي حرمة انتدليس ووجوب البيان يتناول ما إذا كان المشتري مسلما أو كافرا ، ولفظ الأحاديث التي ذكرت واستدل بها المصنف رحمه الله ، انما تدل على المسلم للمسلم ، وهذا كما تقدم ورد في الخطبة على خطبة أخيه ، والسوم على سومه ، وجمهور العلماء رحمهم الله على أنه لا فرق في ذلك بين المسلم والكافر .

وحكى الراعى فى كتاب الفكاح عن أبى عبيد بن حريوة من أصحابنا فى الخطبة أن المنع مخصوص بما إذا كان مسلما ، أما الذمى فتجوز الخطبة على خطبته قال : ويمثله أجاب فى السوم على السوم .

(قلت) فيحتمل أن يطرد ذلك هنا أيضا ، ويجعل تحريم الكتمان خاصا بما إذا كان المشتري مسلما ، ويوافقه ما تقدم فى الحديث ببيع المسلم المسلم ، لا داء ولا خبئة ، وفسر سعيد بن أبى عروبة الخبئة ببيع أهل العهد ، ويحتمل أن لا يطرد ابن حريوة مذهب هنا ، وهو الأقرب ، ويفرق بأن الخطبة على الخطبة والسوم على السوم ليس فيه الا ايعار الصدور ، وذلك حاصل فى حق الكافر .

وأما كتمان العيب ففيه ضرر بين وأخذ المال الذى بذله المشتري ثمنا على ظن السلامة ، وله استرجاعه عند الاطلاع ، فكيف يحكم باباحة ذلك على ما لا يظن بأحد من العلماء القول به ؟ على أن قول ابن حريوة فى الخطبة على الخطبة والسوم على السوم مخالف لقول جمهور العلماء ، قالوا : تحرم الخطبة على خطبة الكافر أيضا ، ومن وافق ابن حريوة فى الخطبة على الخطبة الأوزاعي ، والظاهر أنه لا يطرد ذلك فى مسألتنا هنا للفرق المتقدم . ومن الحجة على تعميم الحكم فى مسألتنا وفى مسألة الخطبة والسوم على البيع قوله صلى الله عليه وسلم : « لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » .

وأما التقييد فى هذه الأحاديث فإنه خرج على الغالب ولا يكون له مفهوم ، أو أن المقصود التهييج والتنفير عن فعل هذه الأمور مع من يشاركه فى الاسلام والآخرة ، ويثبت عمومها بدليل آخر . والله أعلم .

(المسألة الثانية) أنه ان علم غير المالك بالعيب أن يبين ذلك لمن يشتريه للحديث الثانى الذى ذكره المصنف ، ولقوله صلى الله عليه

وسلم : « الدين النصيحة » والأجاديث في ذلك كثيرة صحيحة صريحة .
وممن صرح بهذه المسألة مع المصنف رحمه الله ابن أبي عصرون
والنووي في الروضة من زياداته ، وذلك مما لا أظن فيه خلافا لموجب
النصيحة . وقد دخل في قول المصنف غير المالك البائع بوكالة أو ولاية
الذي دل كلامه في التنبية عليه وغير البائع ومن ليس له تعلق بهما ،
الا أنه اطلع على العيب وان كان أجنبيا ، كما في قصة وائلة
ابن الأسقع وله ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن يعلم أن البائع أعلم المشتري بذلك ، فلا يجب
عليه الاعلام في هذه الحالة لحصول المقصود باعلام البائع .

(الحالة الثانية) أن يعلم أو يظن أو يتوهم أن البائع لم يعلمه
فيجب عليه لاطلاق الحديث ، ولقصة وائلة ، فانه استفسر من المشتري
هل أعلمه البائع ، فدل على أنه لم يكن جازما بعدم اعلامه ، وذلك
لأنه من جملة النصح . لكن هذا انما يكون اذا كان التوهم بمحتمله ،
فلو وثق بالبائع لدينه وغلب على ظنه أنه يعلم المشتري به ، وهي
الحالة الثالثة ، فيحتمل أن يقال : لا يجب عليه الاعلام في هذه
الحالة لظاهر حال البائع . وخشية من التعرض لايفار صدره ،
والبائع يتوهمه أنه أساء الظن به ، ويحتمل أن يقال انه يجب
الاستفسار كما فعل وائلة بن الأسقع لأن الأصل عدم الاعلام ولا
يجدون في الاستفسار مع عموم الحديث ، في وجوب التبيين . هذا
كله اذا كان البائع عالما بالعيب ، فان كان الأجنبي عالما به وحده
وجب عليه البيان بكل حال . وأما وقت الاعلام ففي حق البائع
قبل البيع ، فلو باع من غير اعلام عصى كما تقدم ، وفي حق الأجنبي قبل
البيع أيضا عند الحاجة ، فان لم يكن حاضرا عند البيع أو لم
يتيسر له وجب عليه الاعلام بعده ، ليرد بالعيب كما فعل وائلة ،
ولا يجوز له تأخير ذلك عن وقت حاجة المشتري اليه ، والله أعلم .

(فرع) قال الامام : الضابط فيما يحرم من ذلك أن من علم
شيئا يثبت الخيار فأخفاه أو لم يوضح ما ينبغي في تدليس فيه فقد

فعل محرما ، فان لم يكن السبب مسببا للخيار فترك التعرض له
لا يكون من التدليس المحرم ولا يجب ذكر القيمة فان الغبن لا يثبت
بمجردة خيار ، والله أعلم .

(المسألة الثالثة) ان باع ولم يبين العيب صح البيع مع المعصية .
قال الشافعي رحمه الله في المختصر : « وحرام التدليس ولا ينقض
به البيع » وجملة القول في ذلك أن البائع اذا باع سلعة يعلم أن فيها
عيبا ، فاما أن يشترط فيها السلامة مطلقا أو عن ذلك العيب ،
واما أن يطلق ، فان أطلق واقتصر على كتمان العيب ، وهي مسألة
الكتاب ، فمذهبا وجمهور العلماء أن البيع صحيح ، ونقل الحاملي
والشيخ أبو حامد وغيرهما عن داود أنه لا يصح . ونقله ابن المغلس عن
بعض من تقدم من العلماء أيضا .

واحتج أصحابنا بحديث المصراة كما ذكره المصنف رضى الله عنه ،
فان النبي صلى الله عليه وسلم جعل مشتري المصراة بالخيار ان
شاء أمسك وان شاء رد مع التدليس الحاصل من البائع بالتصرية وهي
عيب مثبت للخيار بمقتضى الحديث ، فدل على أن التدليس بالعيب
وكتمانه لا يبطل البيع . وبأن النهي لمسئ في العقد والنهي اذا كان
لمعنى في العقد لا يمنع صحة البيع كالبيع على بيع أخيه ، وانما
يبطل النهي اذا توجه الى العقود عليه كالنهي عن الملامسة والمناودة ،
ألا ترى أن النهي عن بيع وقت النداء لما لم يرجع الى ذات العقد
لم يقتض الفساد ، بل ما نحن فيه أولى بالصحة ، لأن البيع
وقت النداء متوجه اليه ، وان كان معللا بأمر خارج . وأما هنا في
المصراة فلم يرد النهي على البيع ، وانما ورد هنا على كتمان العيب
كما أشرت اليه فيما تقدم وفي المصراة على التصرية ، فليس البيع
منهيا عنه أصلا ، بل هو من حيث هو مباح ، والحرام هو الكتمان ،
والبيع وقت الجمعة منهي عنه لاشتتماله على التفويت ، فلتفهم الفرق
بين الموضعين . وبهذا يجاب عن استدلال الظاهرية بقوله صلى الله
عليه وسلم : « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » فنقول : التدليس
هو المنهي عنه : وهو مردود .

(فان قلت :) قد تقدم أن البائع اذا لم يبين العيب حرام ،

وإن المصنف رحمه الله صرح به في التنبيه ، وإذا كان كذلك فهو مثل البيع وقت النداء ، فلم يكن أولى منه بالصحة (قلت) لا شك أن المراتب ثلاث •

(المرتبة الأولى) وهي أعلاها ما كان منهيًا عنه لمعنى فيه ،
كبيع الملاصة •

(المرتبة الثانية) ما كان منهيًا عنه لا معنى فيه من حيث هو ، بل لاستلزامه أمرا ممنوعا كالبيع وقت النداء ، فهو مستلزم للتفويت الممنوع ، أو هو فرد من أفراد ما يحصل به التفويت ، والمقتضى أو المستلزم للممنوع ممنوع •

(المرتبة الثالثة) وهي أدناها ما لم ينه عنه أصلا ، ولكن به يتحقق ما هو منهي عنه ، فهذا لم يخرجه الشرع عن قسم الإباحة فهو كسائر المباحات إذا استلزم شيء منها محرما في بعض الأوقات ، لا نقول : إنه ينقلب من الإباحة إلى التحريم ، ويوضح لك هذا أنه في المرتبة الثانية إذا اشتغل بالبيع وفوت السعى للجمعة يأثم اثنين : اثم للبيع المنهي عنه ، واثم لتفويت الواجب ، وفي هذه المرتبة لا يأثم إلا اثما واحدا على الغش وكتمان العيب على البيع ، ولا يأثم على البيع اثما آخر • وإذا حكمنا على البيع المقارن للغش بالتحريم كذلك حكم على المجموع المقتضى للغش المحرم ، وليس المراد أن ذلك الفعل حرام ثم ، أي ليس البيع أصلا في حالة من الأحوال مستلزما للكتمان ، لأن كل بيع يمكن أن يخبر معه بالعيب ، ولا يجوز الحكم على البيع بالتحريم إلا على الوجه الذي بينته ، إذ يراد تحريم المجموع أعنى البيع مع الغش فليس البيع وحده منهيًا عنه بطريق القصد ، ولا بطريق الاستلزام ، وقد وافق الظاهريون أو من وافق منهم على تصحيح البيع مع النجش قالوا : لأن البيع غير النجش ، وذلك يوافق ما قلناه هنا ، ووافقوا على تصحيح البيع مع تلقى الركبان ، ونص الحديث على ذلك ، فهو حجة لنا هنا أيضا •

والظاهرية في المصراة ونحوها يجعلون ذلك خارجا بالنص ويتمسكون فيما عدا ذلك بما ذكروه ، وقد تبين الجواب عنه بحول الله

وقوته وذكر البيهقي في باب صحة البيع الذي وقع فيه التدليس حديثا رواه البخاري « أن ابن عمر اشترى ابلا هيماء^(١) من شريك لرجل يقال له نواس من أهل مكة ، فأخبر نواس أنه باعها من شيخ كذا وكذا . فقال : ويلك ، فجاء نواس إلى ابن عمر فقال : ان شريكي باعك ابلا هيماء ولم يعرفك . قال : فاستقها اذن ، فلما ذهب ليستاقها قال ابن عمر : دعها .. رضيينا بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم لا عدوى » ، والله أعلم .

(فرع) نقل الماوردي قبل باب : لا يبيع حاضر لباد ، عن أبي علي ابن أبي هريرة أنه كان يقول : في ثمن التدليس حرام ، لا ثمن المبيع ، ألا ترى أن المبيع إذا مات يرجع على البائع بأرش عيب التدليس ، فدل على أنه أخذ منه بغير استحقاق ، وهذا شيء عجيب ، كيف يكون الثمن حراما والبيع صحيحا ؟ وسيأتى في باب المراجعة كلام في ذلك في مسألة الاخبار بالزيادة ، ولعل مراد ابن أبي هريرة هنا أن القدر الزائد بسبب التدليس الذي يستحق استرجاعه عند فوات المبيع هو المحرم ، لا جملة الثمن ، وهو ظاهر كلامه ، ومع ذلك فيه نظر ، لأنه لو رضى المشتري بالعيب استقر ملك البائع على الثمن كله ولو لم يرض به - والمبيع قائم - استرجعه كله ، فان كان عدم استقراره موجبا للموصف بالتحريم فليكن جميعه حراما أو لا فلا يكون شيء منه حراما .

(فرع) هذا كله في مسألة الكتاب اذا باع من غير شرط ، ولكنه كان عالما بالعيب ، أما لو اشترط السلامة فكانت معيبة ، أو شرط وصفا وأخلف ، فالشهور الصحة ، وثبوت الخيار كحالة الاطلاق . وحكى الرافعي عن الحنابلة أنه حكى قولاً غريباً أن الخلف في الشرط يوجب فساد البيع ، وهو يوافق ما تقدم عن الظاهرية ، وهم قائلون بذلك في الشرط أيضا ، ولا يلزم طرد هذا القول الغريب هناك ، لأن تعلق الغرض بالوصف المشروط لفظاً أقسوى ، وعند الاطلاق العقد متعلق بالمتعين ، وان كان العرف يقتضى السلامة ، فهذا فرق على القول الذي حكاه الحنابلة حتى لا يلزم طرده ، وان كان هو ضعيفا ، لأن مورد العقد المعين مع الشرط أيضا ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان لم يعلم بالعيب واشتراه ثم علم بالعيب ، فهو بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد ، لأنه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم ولم يسلم له ذلك ، فثبت له الرجوع بالثمن كما قلنا في المصراة) •

(الشرح) المشتري للعين المعيبة تارة يكون عالما بعيبها ، وتارة لا يكون •

(الحالة الأولى) ان كان عالما فلا خلاف أنه لا يثبت له الخيار لرضاه بالعيب ، ولا يأتي فيه الخلاف المتقدم في المصراة اذا كان عالما بالتصرية ، لأن المستند في ثبوت الخيار هناك عند من يقول به : التعبد ، وان ذلك خيار ثابت بالشرع كما تقدم ، وليس ههنا كذلك وهذه الحالة تؤخذ من مفهوم كلام المصنف رحمه الله ، فإنه شرط في الخلاف عدم العلم ، ومفهومه أن عند العلم لا خيار ، قال ابن حزم في كتاب مراتب الاجماع : واتفقوا على أنه اذا بين له البائع بعيب فيه وحد مقداره ، ووقفه عليه ان كان في جسم المبيع ، فرضى بذلك المشتري أنه قد لزمه ، والا رد له بذلك العيب •

(فرع) فلو كان المشتري قد علم به ، ولكن لم يعلم أنه عيب يوكس الثمن ، ويوجب الفسخ • قال الماوردي : ولا رد له ، لأنه قد كان يمكنه عند رؤيته أن يسأل عنه • ولأن استحقاق الرد حكم ، والجهل بالأحكام لا يسقطها • قال : فلو كان شاهد العيب قديما وقال : ظننت أنه قد زال فلا تأثير لهذا القول ، لأن الأصل بقاء العيب ، ولو اختلفا في العلم بالعيب فالقول قول المشتري ، لأن الأصل عدمه ، قاله صاحب العدة •

(الحالة الثانية) اذا لم يعلم بالعيب وهي منطوق مسألة الكتاب يثبت الخيار لما ذكره المصنف رحمه الله • وقياس ذلك على المصراة ان كانت التصرية عينا ظاهرا بالقياس • والجامع الذي ذكره المصنف ،

وقد قدمنا أن الصحيح أن التصرية عيب . وإن لم تكن التصرية عيباً فمن باب الأولى . لأن الخيار إذا ثبت بالتدليس بما ليس بعيب ، فثبوته بالتدليس بالعيب المحقق أولى . هكذا ذكره القاضي أبو الطيب ، وفيه نظر . لأن الذي يقول بالتصرية ليس بعيب يجعلها كالشرط ويلحق الخيار فيها بخيار الخلف . وحينئذ قد يقال : لا يلزم من جعل التصرية التي هي من فعل البائع كالشرط جعل التدليس بالعيب الذي ليس من فعله . ولئن جعلنا التدليس بالعيب كذلك فالعيب إذا لم يعلم به البائع لا يمكن دعوى ذلك فيه ، ومع ذلك الخيار ثابت به . ولأجل ذلك الطريقة التي سلكها المصنف رحمه الله واقتصر عليها أولى في الاستدلال ، وأسلم عن الاعتراض . نعم هو إنما يأتي على قول الجمهور : أن التصرية عيب أما على القول الذي رجحه الغزالي في الوجيز أن الخيار فيها ملحق بخيار الخلف فلا ، لأن سبب الخيار في المصراة المقيس عليها اخلاف الشرط الملزم ، ولم يوجد في مسألتنا .

فالمصنف رحمه الله قد جعل الجامع بين المسألتين عدم حصول المبيع السليم فعلى ما اختاره الغزالي لا يأتي ، إلا أن يجعل ذلك مقيساً على الالتزام الشرطي وكذلك فعل هو في الوسيط تنزيلاً لغلبة السلامة منزلة الاشتراط ، ثم لك أن تجعل الالتزام الشرطي أصلاً يكتفى به كما اقتضاه كلامه في الوسيط ، ولك أن تردده إلى التصرية لورود النص فيها ، وقد اقتصر المصنف رحمه الله على الاستدلال بالقياس ، وفي المسألة حديث وإجماع ، أما الحديث فالذي ذكره بعد هذا بفصل في الخراج بالضمان ، فإن فيه أنه خاصمه إلى النبي صلى الله عليه وسلم « وأنه رده عليه بالعيب » وسنتكلم عليه هناك إن شاء الله تعالى .

وأما الإجماع فإنه لا خلاف بين المسلمين في الرد بالعيب على الجملة . واتفقوا على أن من اشترى شيئاً ولم يبين له البائع العيب فيه ولا اشترط المشتري سلامة ولا اشترط الاخلاء به ، ولا بيع منه ببراءة ، فوجد به عيباً كان به عند البائع وكان ذلك العيب يمكن البائع معرفته وكان يحط من الثمن خطأ لا يتغابن الناس بمثله في مثل ذلك

البيع ، في ذلك الوقت ، يعنى وقت عقد البيع ، ولم يتلف عين المبيع ولا نقصها ، ولا تغير اسمه ولا تغير سوقه ، ولا خرج عن ملك المشتري كله ولا بعضه ، ولا أحدث المشتري فيه شيئاً ولا وطئاً ولا غيره ، ولا ارتفع ذلك العيب ، وكان البائع قد نقد فيه جميع الثمن فان للمشتري أن يردده ويأخذ ما أعطى فيه من الثمن ، وأن له أن يمسكه ان أحب ، واختلفوا فيما عدا كل ما ذكرناه بما لا سبيل الى ضبطه باجماع جاز . انتهى .

وادعى القاضى أبو الطيب اجماع المسلمين على التسوية بين الغاش الخائن وغيره ولعمل المصنف رحمه الله انما اقتصر على القياس . ولم يذكر الحديث والاجماع ، لأن الحديث فيه رد بعيب ، وذلك حكاية حال لا دلالة لها على العموم ولا اجماع مقيد بالقيود المذكورة ، أو أكثرها فكان الاستدلال بالقياس أشمل ، وبالجمله الرد بالعيب في الجمله لا شبهة فيه ، قال الشيخ أبو حامد : ولا يخفى أن المراد العيب الموجود عند العقد ، أما لو وجد العيب وزال قبل القبض فلا خلاف أنه لا حكم له ، وكذلك لو زال بعد البيع وقبل القبض .

(فرع) ولى الطفل اذا اشترى له شيئاً فظهر به عيب ، فان كان الشراء بعين المال فهو باطل ، وان كان في الذمة نفذ في حق الولي ، فان اشترى سليماً فحدث به عيب قبل القبض - فان كان الحظ في الامساك - أمسك أو في الرد رد ، فان ترك الرد - فان كان اشترى في الذمة - انقلب اليه ، ولزمه الثمن من مال نفسه وان كان بغير مال الطفل بطل العقد ، قاله صاحب التتمة ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان ابتاع شيئاً ولا عيب فيه ثم حدث به عيب في ملكه - نظرت فان كان حدث قبل القبض - ثبت له الرد ، لأن المبيع مضمون على البائع ، فثبت له الرد بما يحدث فيه من العيب كما قبل العقد ، وان حدث العيب بعد القبض نظرت - فان لم يستند

الى سبب قبل القبض - لم يثبت له الرد ، لانه دخل المبيع في ضمانه فلم يرد بالعيب الحادث ، وان استند الى ما قبل القبض بان كان عبدا فسرقت أو قطع يدا قبل القبض ، فقطعت يده بعد القبض ، ففيه وجهان . (أحدهما) أنه يرد ، وهو قول أبى إسحاق لانه قطع بسبب كان قبل القبض فصار كما لو قطع قبل القبض . (والثاني) أنه لا يرد ، وهو قول أبى على ابن أبى هريرة ، لأن القطع وجد في يد المشتري ، فلم يرد كما لو لم يستند الى سبب قبله) .

(الشرح) الكلام الذي تقدم في اثبات الخيار في العيب الموجود عند البيع والكلام الآن في العيب الحادث بعده ، وقد قسمه المصنف رحمه الله الى ثلاثة أقسام :

(القسم الأول) الحادث قبل القبض ، فحكمه حكم المقارن للعقد ، لأن المبيع مضمون قبل القبض على البائع بجملته ، فكذا أجزاءه ، وضمان الجزء الذي لا يقابله قسط من الثمن لا يقتضي الانفساخ ، فأثبت الخيار ، والمصنف رضى الله عنه استغنى عن هذه الزيادة بجعله ما قبل القبض كما قبل العقد لاشتراكهما في كون المبيع فيهما مضمونا على البائع ، بمعنى أنه اذا تلف تلف من كسبه ، وقد اتفق الأصحاب على هذا الحكم ، وأن العيب الطارئ قبل القبض كالمقارن للعقد ، وذلك منهم تفريع على ما هو متفق عليه في المذهب وهو أن البيع قبل القبض من ضمان البائع ، وأنه اذا تلف قبل القبض انفسخ البيع ، ونص عليه الشافعى رحمه الله في مواضع ، واستنبطه من بطلان عقد الصرف بالتفرق قبل التقابض كما تقدم التنبيه عليه في باب الربا ، وذكره المصنف في آخر باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع ، وسنشرحه هناك ان شاء الله تعالى . أما على مذهب من قال : ان المبيع في يد البائع أمانة ، كما هو مذهب مالك ولا خيار له ، وممن صرح به المتولى وصورة المسألة المجزوم بها هنا اذا كان حدوث العيب بأفة سماوية .

(أما) اذا حصل ذلك من جهة المشتري أو البائع أو الأجنبى ، فقد ذكر المصنف رحمه الله الأقسام كلها في باب اختلاف المتبايعين

عند تقسيم تلف المبيع الى الأقسام المذكورة . وهناك أستوعب الكلام على ذلك بعمون الله وتيسيره ان شاء الله تعالى ، وملخص ما هناك ما يتعلق بهذا المكان أنه متى حصل العيب بأفة ستمائية أو من البائع أو من الأجنبى فلمشتري الخيار جزما ولكن يختلف أثره على تفصيل مذكور هناك ، ومن جملة ما اذا كان القاطع ابن المشتري ثم مات المشتري وورثه الابن ذكره صاحب البحر هناك ، وهناك أذكره ان شاء الله . ومتى حصل العيب من جهة المشتري فلا خيار له على الصحيح ، تفريعا على أن اتلافه قبض وهو الصحيح المشهور .

(وأما) من يقول من العلماء بأن المبيع قبل القبض من ضمان المشتري كما يقوله أبو ثور مطلقا ومالك في المبيع جزافا ، فقياسه أن العيب الحادث قبل القبض لا أثر له . ومذهب أبى حنيفة رحمه الله في تلف المبيع قبل القبض كمذهبنا .

(واعلم) أن هذا الحكم من كون العيب الحادث قبل القبض كالعيب المقارن للعقد هو المشهور الذى لا يكاد لا يعرف ، بل لا يعرف فيه خلاف بين الأصحاب ووراء ذلك أمران غريبان (أحدهما) أن الشافعى رحمه الله قال في الأم في الرهن الكبير في جناية العبد المرهون على الأجنبين . ولو بيع العبد المرهون ولم يتفرق البائع والمشتري حتى جنى كان للمشتري رده ، لأن هذا عيب حدث به وله رده بلا عيب ، ولو جنى ثم بيع فعلم المشتري قبل التفريق أو بعده بجنانيته كان له رده ، لأن هذا عيب دلسه ، ولو بيع وتفرق المتبايعان أو أخبر أحدهما صاحبه بعد البيع ، فاختار امضاء البيع ثم جنى ، كان من المشتري ولم يرد البيع ، لأن هذا حادث في ملكه بعدم تمام البيع بكل حال له .

قال ابن الرفعة : وهذا ان لم يحمل على ما بعد القبض فهو يقتضى باطلاقه أنه لا فرق فيه بين ما بعد القبض وقبله ، والعلة ترشد اليه ، لأنه في الحاليين ملكه عليه تام وان لم يستقر الا بالقبض . قال : وهذا ان صح يقتضى أن الجناية عمدا أو خطأ في يد البائع بعد تمام الملك لا يثبت بها للمشتري خيار ، وان أثبت على نفسه ، ولكن الأصحاب لا يوافقون على ذلك .

(الأمر الثانى) أن فى مختصر البويطى قال أبو يعقوب : وان اشترى رجل من رجل عبدا أو ثوبا ولم يقبضه فجنى عليه البائع أو غيره جناية حرق أو غيره أو ما دون النفس أو النفس ، فهو مخير فى العبد ان شاء أخذ الثوب وأخذ الجانى بجنايته ، وان شاء ترك ، فان كان ذلك بأمر من السماء كان مخيرا أن يأخذه أو يدعه ، وليس له النقص اذا كان من السماء كما لو مات . وقد قيل : يأخذه ويسقط عنه ما نقصه بحصته من الثمن ، وان كان ذلك بهزال فى يديه أو ما أشبهه كان مخيرا وقد قيل : اذا كان البائع الذى جنى عليه فى النفس فالبيع منفسخ . انتهى .

وهذه الأقوال الثلاثة التى نقلها البويطى الأول والثالث معروفان فى المذهب والغريب الثانى ، وهو أنه يأخذه ويسقط عنه حصته من الثمن . وكلامه المذكور يقتضى أن ذلك فيما يمكن التقسيط عليه كاليد ونحوها لا كالهزال وشبهه ، ولكن هذا القول لم أعلم أحدا من الأصحاب ذكره على أنه ليس فى كلام البويطى نسبته الى الشافعى رحمه الله . ولا شىء من الكلام المذكور من حكاية كلام الشافعى رحمه الله ، وانما الأقوال الثلاثة من حكاية البويطى ، والمسألة كلها كما يدل عليه أول كلامه ونسبته الى أبى يعقوب ، فلعلة حكاه عن بعض العلماء غير الشافعى رحمه الله تعالى .

(فرع) اذا وجد العيب قبل القبض ولكن بسبب متقدم رضى به المشتري كما لو اشترى من وجب عليه القطع علما به ففقط قبل القبض ، أو بكرا مزوجة فأزال الزوج بكارتها قبل القبض ، فهل تكون كعيب حدث فيرد بها ، كما أنه اذا اشترى مرتدا فقتل قبل القبض ينفسخ العقد أو لا ، لأن رضاه لسببه رضا به والخيار لا يثبت مع الرضا بخلاف الانفساخ بالتلف ولم أر فى ذلك نقلا . والأقرب النقطع بأنه لا يوجب الرد للرضا بسببه ، ولكن القاضى حسين رحمه الله أطلق أن زوال البكارة فى يد البائع يثبت الخيار . ومثل هذا الاطلاق لا يوجد منه نقل فى خصوص المزوجة ووطء الزوج بها .

(القسم الثانى) اذا حدث العيب بعد القبض ولم يستند

الى سبب قبل القبض فانه لا يثبت به الرد ، وهذا اذا كان بعد القبض
والنفوق . أما لو قبضه في المجلس وحدث به عيب قبل التفريق
والتخاير ، فالوجه في ذلك بناؤه على تلف المبيع في يد المشتري في
مدة الخيار . وفيه طرق .

(احداها) وهي التي أوردها الغزالي وارتضاها الامام ، واقتضى
ايراد الرافعي ترجيحها .

أما ان قلنا الملك للبائع انفسخ ، والا فوجهان (أصحهما) عدم
الانفساخ . واذا تم العقد لزم الثمن ، لأن القبض وجد ألا أنه
بقيت علقه فصار كما لو اشترى مكيلة فقبض جزافا ، أو غصب
المبيع من يد البائع وتلف في يده ، قال هذا التعليل صاحب التتمة
(والثاني) ينفسخ لأن العقد لم يستقر كما بعد الخيار وقبل القبض .

(والطريقة الثانية) القطع بعدم الانفساخ وأنه اذا حصلت
الاجازة يلزم المشتري الثمن (وان قلنا) الملك للبائع . وهذه منسوية
للشيخ أبي حامد .

(الطريقة الثالثة) الا أنا اذا قلنا : الملك للبائع وحصل امضاء
البائع ضده المشتري بالقيمة . وهذه حكاه الامام عن العراقيين وبعض
أصحاب القفال ، وهو مقتضى كلام المصنف حيث ذكر المسألة في أول
كتاب البيوع ، ولذلك نسبها العمراني اليه .

(الطريقة الرابعة) طريقة الماوردي ان كان التلف في خيار
المجلس انفسخ على الأقوال كلها ، وان كان في خيار الشرط ،
فان كان لهما أو للبائع وحده فكذا ، وان كان للمشتري وحده (فان قلنا)
يملك بانتضاء الخيار أو موقوف ضمنه بالقيمة (وان قلنا) يملكه بنفس
العقد فعلى وجهين (أحدهما) وهو ظاهر نصه في البيوع أنه ضامن
بالقيمة دون الثمن (والثاني) وقد أشار اليه في الصداق أنه ضامن
له بالثمن المسمى .

(الطريقة الخامسة) ما دل عليها كلام أبي الطيب أنه ان كان
الخيار لهما أو للبائع وحده انفسخ قولاً واحداً ، وان كان للمشتري

وحده ، فإن قلنا : الملك له فوجهان والا لم ينفسخ وقال القاضي أبو الطيب : ان الذى نص عليه الشافعى رحمه الله فى كتيبه أن البيع ينفسخ ويجب على المشتري قيمته . قال القاضي أبو حامد وقال الشافعى فى كتاب الصداق : يلزمه الثمن . واختلف أصحابنا فمنهم من قال : يلزمه القيمة ، والذى قال من الثمن ليس بثابت ، قال أبو الطيب : ويحتمل أن يكون أراد بالثمن ، لأن الشافعى يعبر عن القيمة بالثمن فى مواضع كثيرة . ومنهم من قال ما تقدم ، وادعى ابن الرقعة أن أكثر نصوص الشافعى على الانفساخ ، وذكر نصوصا تدل على ذلك من الجزء الثامن والعاشير من باب الدعوى فى البيع ، ومن باب دعوى الولاد فيه .

وقد رأيت أنا فى الجزء الخامس عشر أيضا أنه اذا باع العبد بالخيار ثلاثا أو أقل ، وقبضه فمات فى يد المشتري فهو ضامن لقيمته ، وان منعنا أن نضمنه ثمنه أن البيع لم يتم فيه . قال الشافعى : وسواء فى ذلك كان الخيار للبائع أو للمشتري لأن البيع لم يتم فيه حتى مات . وقد حكى عن نصه فى الصداق أن البيع اذا تلف فى يده زمن الخيار يلزمه الثمن ، وبذلك قال المتولى ، وحصل قولان فى المسألة ، وهو فى ذلك تابع للقاضى حسين ، والنص المتقدم يدل على أن الانفساخ فى الأحوال الثلاثة اذا كان الخيار للمبتاع أو للبائع أو لهما ، فهذه خمس طرق ، والطريقة الأولى أفقه ، ولكن تصحيح عدم الانفساخ من الوجهين فيها فيه نظر والنصوص التى للشافعى ليس فيما وقفت عليه منها ما فيه تصريح بالانفساخ ولا بعدمه ، بل الأكثر الذى تمسك به ابن الرقعة ، والذى رأيت فى الأم فيه ايجاب القيمة ، والنص المعارض له فيه ايجاب الثمن ، فأكثر النصوص تدل لأحد أمرين اما القول بالانفساخ الذى هو أحد الوجهين من الطريقة الأولى ، كما ادعاه ابن الرقعة ، واما الطريقة التى نقلها الامام عن العراقيين (وقلت) ان مقتضى كلام المصنف فى أول البيع ، فالتمسك بذلك للانفساخ عيبا كما ادعى ابن الرقعة غير متعين . وترجيح عدم الانفساخ ولزوم الثمن موافق للنص المقتضى لجوب الثمن ومخالف لأكثر النصوص . لكن اذا ثبت ما قاله القاضى أبو الطيب من اطلاق الشافعى رحمه الله الثمن على القيمة وما نقله من النصوص فى

كتبه يترجح القول بالانفساخ لاسيما مع ما أشعر به كلام القاضى
أبى حامد أن ذكر الثمن ليس بثابت . إذا عرف بالعيب الحادث بعد
القبض وقبل لزوم العقد يتعين بناؤه على هذا الخلاف .

فحيث نقول بالانفساخ اما على أن الملك للبائع ، أو مطلقا
على أحد وجهى الطريقة الأولى، وظاهر أكثر النصوص ، أو على
طريقة الماوردى والقاضى أبى الطيب على ما فيها من التفصيل والبناء ،
فحدوث العيب حينئذ كحدوثه قبل القبض ، وبذلك صرح الماوردى
عند الكلام فى وضع الجوائح . قال عن ابن أبى هريرة : ان المقبوض
فى خيار الثلاث يستحق رده بما حدث من العيوب فى زمان الخيار ،
وان كان القبض تاما وجب القول بعدم الانفساخ ، اما على الأصح
عند الرافعى من وجهى الطريقة الأولى ، وعلى طريقة الشيخ أبى حامد
أو على طريقة المصنف رحمه الله . أو فى بعض الأحوال على طريقتى
الماوردى والقاضى أبى الطيب على التفصيل المذكور . أو على مقتضى
النص المحكى فى ذلك ، فحينئذ لا يكون لحدوث العيب فى ذلك الوقت
أثر فى اثبات الخيار .

ولا جرم — والله أعلم — أطلق المصنف رحمه الله أن حدوث العيب
بعد القبض اذا لم يستند الى سبب قبل القبض لا يثبت الرد ، لأن
اختياره أن القبض ناقل للضمن ، وان كان فى زمن الخيار كما
تقدم ، وهو مستمر على الأصح عند الرافعى . وقد تقدمت الإشارة
الى ما فى ذلك من النصوص .

(فرع) لا فرق بين يد المشتري ويد نائبه ، ولو كانت يد
البائع كما لو قبض المبيع ، وأودعه اياه بعد القبض ، ونص عليه
الشافعى رحمه الله والأصحاب . ولو أودع البائع المبيع عند المشتري
وقلنا : لا يسقط حق الحبس بايداع فتل ، كما لو تلف فى يد البائع
على مقتضى ذلك . وعن القاضى أبى الطيب أنه صرح به فى أواخر
كتاب الشفعة ، وعبارة المصنف رحمه الله سالمة عن ذلك فى الطرفين لاعتباره
القبض ، وهو موجود فى الأول مفقود فى الثانى .

(فرع) هذا الذى تقدم من أن العيب الحادث بعد القبض

ابدى لا يستند الى سبب قبله لا يرد به هو مذهبا ومذهب جمهور العلماء . وقال مالك بذلك الا في الرقيق فانه قال : ما اصاب الرقيق في ثلاثة ايام بعد البيع من اياق أو عيب أو موت أو غير ذلك فمن ضمن البائع ، فاذا انقضت الثلاثة الايام برى البائع الا من الجنون والجذام والبرص ، فان هذه الأدواء الثلاثة ان اصاب شيء منها المبيع قبل انقضاء سنة من حين البيع ، كان له الرد بذلك ، قال : ولا يقضى بذلك الا في اليلاد التي جرت عادة أهلها بالحكم بها فيها .

وأما البلاد التي لم تجر عادة أهلها بالحكم بذلك فيها ، فلا نحكم عليهم بذلك ، قال : ومن باع بالبراءة بطل عنه حكم العهدة ، وكذلك يسقط حكم العهدة عنده فيما اذا باع السلطان لغريم أو من مال يتيم ، ولا عهدة فيه الا أن يكون علم عيبا فكتمه . وقال قتادة : ان رأى عيبا في ثلاث ليال رده بغير بيعة ، وان رأى عيبا بعد ثلاث لم يستطع أن يرده الا ببيعة .

واحتج المالكيون بما رواه أبو داود من حديث الحسن البصري عن عقبة بن عامر الجهني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « عهدة الرقيق ثلاث ليال » وفي رواية أخرى أربع ليال ، رواه أحمد في مسنده ، وفي رواية أربعة أيام ، قال قتادة : وأهل المدينة يقولون ثلاثا .

قال سعيد : قلت لعبادة : كيف يكون هذا ؟ قال : اذا وجد المشتري عيبا بالسلعة فانه يردها في تلك الأيام ولا يستل البيعة ، واذا مضت عليه أيام فليس له أن يردها الا ببيعة أنه اشتراها ، وذلك العيب بها ، والا فيمين البائع أنه لم يبيعه ويرد .

وعن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « عهدة الرقيق ثلاث » رواه ابن أبي شيبة ، وقال هؤلاء : انما قضى بعهدة الثلاث لأجل حرم الربح فانها لا تظهر في أقل من ثلاثة أيام ، هو عن عبد الله بن أبي بكر محمد بن عمرو بن حزم أنه سمع أبان ابن عثمان وهشام بن اسماعيل بن هشام يذكران في خطبتهما

عهدة الرقيق في الأيام الثلاثة ، من حين يشتري العبدان الوليدة وعهدة السنة ويأمران بذلك .

وعن عمر بن عبد العزيز أنه قضى في عيد اشترى فمسات في الثلاثة الأيام ، فجعله عمر من الذي باعه ، وعن ابن شهاب قال : القضاة منذ أدركنا يقضون في الجنون والجذام والبرص سنة .

قال ابن شهاب : وسمعت ابن المسيب يقول : العهددة من كل داء عضال نحو الجذام والجنون والبرص ، وعن يحيى بن سعيد الأنصاري رضى الله عنه قال : لم تزل الولاة بالمدينة في الزمان الأول يقضون في الرقيق بعهدة السنة من الجنون والجذام والبرص ، إن ظهر بالملوك شيء من ذلك قبل أن يحول عليه الحال فهو رد عليه ، ويقضون في عهدة الرقيق بثلاث ليال .

وقد أجاب أصحابنا وغيرهم عن الحديثين بأن الحسن لم يسمع من عقبة شيئا ولا يسمع من سمرة الا حديث العقيقة عند أكثر الحفاظ ، فروايتة في هذا منقطعة لا يحتج بها . قال علي بن المديني : لم يسمع الحسن من عقبة بن عامر شيئا وكذلك قال أبو حاتم ، وقال البيهقي في روايته عن سمرة في ذلك : انه غير محفوظ .

(قلت) وقد حفظت من طريق ابن أبي شيبة ، فليس فيها الا التظير في سماع الحسن من سمرة ، وأيضا ففيه عننة قتادة عن الحسن وهو مدلس ، وفي حديث عقبة مع الانقطاع والاضطراب ، ومن جملة ما أعل به أنه ورد عن الحسن على الشك بين عقبة وسمرة ، وهما وإن كانا صحابييين فهو اضطراب ، وقد سأل الأثرم أبا عبد الله أحمد ابن حنبل عن العهددة فقال : ليس في العهددة حديث بنتينة ، وقال الحاكم في حديث عقبة : انه صحيح الاسناد غير أنه على الارسالة ، لأن الحسن لم يسمع من عقبة ، والرواية عن عمر بن عبد العزيز في قضائه بذلك ضعيفة ، وكذلك الرواية المذكورة عن يحيى بن سعيد الأنصاري وبقيّة ما ذكروه مع كونه ليس بحجة معارض بقول عطاء :

انه لم يكن فيما مضى عهدة في الأرض لا من هيام ولا من جذام ولا شيء . وبما (١) روى من طريق الشافعي رضى الله عنه عن ابن جريج قال : سألت ابن شهاب عن عهدة السنة وعهدة الثلاث فقال : ما علمت فيها أمرا سائفا ، وعن ابن طلوس أنه كان لا يرى العهدة شيئا لا ثلاثا ولا أقل ولا أكثر .

وما أشاروا اليه من أن ظهور ذلك في هذه المدة يدل على تقدمه ممنوع ، فقد يحدث الأباق وشبهه ، ولو سلم لهم ذلك فيكون من القسم الذي سنذكره ، وهو ما يوجد بعد القبض ، ويكون سببه متقدما ، لكن ذلك غير مسلم لهم . على أن ابن الصباغ قال في الجواب عن ذلك أن الداء الكامن لا اعتبار به وإنما النقض بما يظهر لا ما كمن وفيما قاله بعد ، لأن الكامن إذا دل عليه دليل يعد ذلك وعلم به صار كالظاهر .

وذكروا أيضا أن عمر بن الخطاب وابن الزبير رضى الله عنهما سئلا عن العهدة فقالا : لا نجد أمثلا من حديث حبان بن منقذ « كان يخدع في البيوع فجعل له النبي صلى الله عليه وسلم الخيار ثلاثا إن شاء أخذ وإن شاء رد » .

وعن علي بن أبي طالب رضى الله عنه « أجل الجارية بها الجذام سنة » . فأما ما ذكروه عن عمر وابن الزبير فلا حجة لهم فيه . لأن في حديث حبان « أن شاء أخذ وإن شاء رد » . ولم يقيّد ذلك بعيب ولا في الرقيق دون غيره .

قال الشافعي رضى الله عنه : والخبر في أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « جعل لحبان بن منقذ عهدة بثلاث » خاص . وما ذكروه عن علي لا ينافيه ، وقد صح عن ابن عمر : ما أدركت الصفقة حيا مجموعا فمن المتابع . ولا نعلم له مخالفا من الصحابة واستثنت

(١) معطوف على بيان الحسن لم يسمع من عقبه شيئا (المطيعي) .

المالكية أيضا الثمار لقولهم فيها بوضع الجوائح وسنذكر مذهبا ومذهبهم في ذلك عند ذكر المصنف رحمه الله له في آخر باب اختلاف المتبايعين ان شاء الله تعالى .

(القسم الثالث) العيب الحادث بعد القبض اذا أسند الى ما قبل القبض كما مثل به المصنف رحمه الله فيمن قطعت يده حدا أو قصاصا بعد القبض بسرقة أو قطع سابق عليه ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون بعد العقد كما فرضه المصنف أو قبله ، فان بيع من وجب قطعه بقصاص أو سرقة صحيح بلا خلاف ، فاذا قطع في يد المشتري بذلك السبب السابق على العقد أو على القبض — فان كان المشتري جاهلا بالحال ، ولم يعلم بالسرقه أو القطع حتى قطع وهى صورة مسألة الكتاب — ففيه وجهان كما ذكره المصنف .

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق ، وهو الأصح ، وهو قول ابن الحداد ، ونسبه الماوردى الى ابن سريج ، وبه قال أبو حنيفة فيما حكاه الماوردى ، وقال القاضى أبو الطيب : انه على قول الشافعى رضى الله عنه واطلاق نصه الذى نقله ابن بشرى يدل عليه : أن له أن يرد ويسترجع جميع الثمن ، كما لو قطع قبل القبض فانه لو قطع قبل القبض والحالة هذه ثبت له الرد قطعا ، وهذا القائل يجعله من ضمان البائع بالنسبة الى ذلك ، ولو تعذر الرد بسبب فالنظر فى الأرض الى التفاوت بين العبد سليما وأقطع ، قاله القاضى حسين والرافعى وغيرهما .

(والثانى) وهو قول ابن أبى هريرة وابن سريج فيما حكاه الأكثرون والقاضى أبو الطيب ونقله ابن بشرى عن نقله عن نصه فى الاملاء ، ومال الماوردى اليه ، وبه قال أحمد وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله أنه من ضمان المشتري وليس له الرد ، ولكن يرجع على البائع بالأرض ، وهو ما بين قيمته مستحق القطع وغير مستحقه من الثمن ، وحمل النص الأول على ما قبل القبض . هذا اذا كان جاهلا ، فلو كان عالما بالسبب فليس له الرد ولا الأرض قطعا لدخوله فى العقد على بصيرة ان كان موجودا عند العقد ، أو لاطلاعه عليه وامساكه ان كان حدث قبل القبض .

قال الشيخ أبو علي : ولا يجيء ههنا الوجه المحكى عن أبي إسحاق في القتل ، يعني سابقا ، وأنه يرجع بالثمن على رأى أبي إسحاق كما سنذكره ان شاء الله ، والأمر كما قال الشيخ أبو علي كما سنبينه ان شاء الله تعالى ، فينبغي أن يقيّد كلام المصنف بذلك ، وأن مراده اذا كان المشتري جاهلا ، ومن صرح به القاضي أبو الطيب والبخاري والرافعي ، وفي كلام ابن الصباغ ما يقتضى أن فيه خلافا ، لأنه قال : ان علم بذلك فقطع في يده لم يرجع بشيء على المذهب ، وكأنه رأى أن وجه أبي إسحاق يأتي ههنا وهو بعيد ، وسنبين ذلك ان شاء الله تعالى في أواخر الباب .

(فرع) عن أبي حنيفة رحمه الله أنه اذا قطع في يد المشتري يرجع بنصف الثمن ووافق في المسائل الثلاث التي ستأتى ان شاء الله تعالى أنه يرجع بالجميع ، لأنه من ضمان البائع ، ومن نظائر ذلك لو اشترى جارية مزوجة ولم يعلم بحالها حتى وطئها الزوج بعد القبض ، فان كانت ثيبا فله الرد وان كانت بكرا فنقص الافتضاظ من ضمان البائع أو المشتري ففيه الوجهان — فان جعلناه من ضمان البائع — فللمشتري الرد بكونها مزوجة ، فان تعذر الرد بسبب رجوع بالأرث ، وهو ما بين قيمتها بكرا غير مزوجة ، ومزوجة مفترعة من الثمن .

وان جعلناه من ضمان المشتري فلا رد له ، وله الأرث ، وهو ما بين قيمتها بكرا غير مزوجة وبكرا مزوجة من الثمن ، هكذا في التهذيب والرافعي ، والروضة التي بخط المصنف ، وفي بعض نسخها سقط من قوله : غير مزوجة الى غير مزوجة فصار هكذا : غير مزوجة وبكرا غير مزوجة من الثمن ، وذلك غلط في الحكم ، وترك للتفريع من جعله من ضمان المشتري ، والفرق بينهما ، فان على ضمان البائع الإفراغ مضمون عليه ، فلذلك يقدر من ضمان المشتري ليس المضمون على البائع الا سلامتها على التزويج ، وقد تقدم مثل ذلك في تعذر الرد في مسألة القطع ، وأنه يقدر على قول ضمان البائع سليما وأقطع ، لأن القطع مضمون عليه على الأصح وعلى القول الآخر ، بقدر مستحق القطع وغير مستحقه لأن المضمون عليه سلامته عن استحقاق القطع .

وقد وافق ابن الرفعة ما في الروضة السقيمة^(١) من الغلط في الحكم ، وجعل الأرش على قول ضمان البائع ما بين قيمتها بكرا مزوجة وبكرا غير مزوجة . وإن كان عالما بزواجها أو علم ورضى فلا رد له . فإن وجد بها عيبا قديما بعد ما افتضت في يده فله الرد إن جعلناه من ضمان البائع ، قاله القاضي حسين والبعوى والرافعى وخالفهم المتولى فقال : لا رد وهو الراجح لما سأنبه عليه ، وإن جعلناه من ضمان المشتري رجع بالأرش ، وهو ما بين قيمتها مزوجة ثيبا سليمة ، ومثلها معيبة ، هكذا قال البعوى والرافعى ، ولك أن تقول ينبغى أن يكون ما بين قيمتها مزوجة بكرا سليمة ، ومثلها معيبة ، فإن القيمة المعتبرة قيمة يوم العقد على قول ، ويوم القبض على قول وأقل القيمتين على المذهب ، وعلى كل قول تقدر هنا بكرا ، لأنها بكر عند العقد وعند القبض . وإنما حدثت الثيوبة بعد ذلك .

فإن قال : إن ذلك لا يختلف لأن نسبة البكر السليمة من المعيبة كنسبة الثيب السليمة من المعيبة وهو صحيح ، لكن ذلك يقتضى أن لا يعتد في كلامه بالثيب بل ينبغى أن يقول وهو ما بين قيمتها مزوجة سليمة ومثلها معيبة ، وهكذا عبأه القاضي حسين ، فقول الرافعى ثيبا حشو لا فائدة فيه إن كان كذلك لا يختلف أو زيادة مفسدة إن اختلف ، والله أعلم .

وإن تعذر ردها بسبب من الأسباب على قولنا : أنه من ضمان البائع فالنظر في الأرش يتجه أن يكون على ما ذكرناه الآن لا يختلف ، ولا يمكن أن يقال ما بين قيمتها بكرا مزوجة سليمة وثيبا مزوجة معيبة لأن النقص الحاصل بالثيوبة رضى به ، وصرح القاضي حسين بالمسألة ، فقال : إن قلنا : من ضمان البائع يرجع بما بين كونها بكرا غير مزوجة وبكرا مزوجة نقيضه .

وإن قلنا : من ضمان المشتري فيرجع بما بين كونها بكرا مزوجة وغير مزوجة وفي قوله بكرا مزوجة نقيضه نظر ، وذكر البعوى

(١) النسخة التي نبه الشيخ السبكي على عيبها فيما سبق (المطبعي) .

رحمه الله في التهذيب نظير المسألة وهو ما اذا اشترى سارقا علما بسرقة فقطع في يده ووجد به عيبا قديما . قال : له الرد ان جعلناه من ضمان البائع ، والا فيرجع بالأرض وهو ما بين قيمته سارقا غير مقطوع عيبا وغيب معيب ، فقوله : غير مقطوع نظيره هنا أن تقول بكرا وهو خلاف ما وقع في عبارته وعبرة الرافي هنا .

ثم اعلم أن ما قاله هؤلاء الأئمة القاضى والبغوى والرافعى رحمهم الله يقتضى أن الرضا بالعيب لا يبطل أثره بالكلية . بل يسقط الرد به وبما هو من سببه ويصير الواقع بسببه بعد القبض كالواقع قبل القبض في عدم المبيع من الرد ، وهذا انما يتجه على قول أبى اسحاق النقائل بأن القتل بعد القبض بالردة السابقة يبطل العقد ويوجب الرجوع الى الثمن ان صح جريان هذا الوجه في مسألة القطع وشبهها ، وقد أنكره الشيخ أبو على كما تقدم . أما على المذهب الصحيح أنه اذا قتل بعد القبض وكان علما بردته لا يرجع بشيء ، وكذلك في القطع وزوال البكارة جزما كما تقدم ، فينبغى أن يكون القطع وزوال البكارة بعد القبض كعيب جديد مانع من الرد بعيب آخر .

(فان قلت) جعله من ضمان البائع على الصحيح يوجب مساواته لما وجد قبل القبض ، ولكن لا يرد به لرضاه بسببه ، فلا يمنع الرد كما لو كان عيبا قديما رضى به ، فانه لا يمنع الرد وان كان لا يرد به .

(قلت) لو جعلنا ما بعد القبض كما قبل القبض في ذلك لوجب أن يبطل العقد بالقتل بعد القبض عند الجهل ، أما عند العلم فلا ، فاذا رضى بالعيب أبطل أثره . وكل ما وجد بعد ذلك وان كان من أثره فليس منسوبا الى البائع بل هو حادث في يد المشتري ناشئ مما رضى به ، وليس حالته على المشتري لرضاه بسببه ، فينبغى أن يكون مانعا من الرد بالعيب القديم قاله المتولى ويرجع بالأرض .

(فان قلت) لعل كلام القاضى والرافعى والبغوى محمول على أنهم فرعوا ذلك على قول أبى اسحاق .

(قلت) لا . . لأمرين (أحدهما) أنهم لم يذكروا قول أبى اسحاق

في هذه الصور مع العلم ، بل كلامهم وكلام غيرهم يقتضى القطع بعدم جريانه هنا .

(والثاني) أنهم قالوا : اذا قلنا من ضمان البائع وقدموا أن الصحيح أن ذلك من ضمان البائع فينبغي أن يتأمل هذا البحث . والجواب عنه أن أمكن لينتفع به فيما اذا باع جارية حاملا ونقصت بالولادة . وعلم بها عيبا ، وسيأتى ذلك ان شاء الله تعالى .

(فرع) زوال البكارة في المسألة المذكورة لا شك في أنه عيب ، سواء كانت الجارية مما يظن بكارتها في العادة لصغر سنها أم لا ، لأنها لما دخلت في العقد صارت مستحقة ، وان كانت مزوجة بدليل أنها تسلم له بعد الطلاق ، وقضية ذلك أنه اذا اشترى عبدا كاتبا أو متصفا بصفة تزيد في ثمنه ثم زالت تلك الصفة بنسيان أو غيره في يد البائع ثبت للمشتري الخيار ، وان لم يكن فواتها عيبا قبل وجودها . قال ابن الرقعة : وهذا لا شك فيه .

(فرع) اذا اشترى جارية حاملا ورضى بحملها ثم وضعت في يده ونقصت بسبب الوضع ثم اطلع على عيب آخر بها ، فقياس ما تقدم في الجارية المزوجة أن لا يكون نقصانها بالولادة مانعا من الرد على ما قال ابن الرقعة ، ويؤيده أن الرافعي حكى فيما اذا أصدق زوجته جارية حاملا ، فحملت في يده ووضعت في يدها ثم طلقها ، فالنقص الحاصل منسوب اليه أو اليها ؟ فيه وجهان . في كلام الماوردي والرافعي ما يقتضى أنه مانع من الرد . وسنذكر المسألة عند ذكر المصنف لها ان شاء الله تعالى . وقد أشرت فيما تقدم الى ذلك .

وقد ذكر طائفة من الأصحاب منهم القاضي أبو الطيب والغزالي والرافعي رحمهم الله مع هذه المسائل أو بعضها مسائل تشاركها في حصول عيب قبل العقد أو القبض ، ويوجد أثره بعد القبض كالقتل بردة أو محاربة أو بجناية عهد سابقة أو الموت بمرض سابق .

والمصنف رحمه الله أفرد لهذه المسائل فصلا في أواخر هذا

الباب وهو أولى ، لأن كلامه هنا في العيب الحادث بعد القبض اذا كان سببه متقدما ، والحادث في هذه المسائل بعد القبض تلف يثبت الانفساخ عند من يقول انه لا عيب موجب للرد ، فلنؤخر الكلام في شرح هذه المسائل الى الفصل الذي عقده المصنف لها ، فللمشاركة المذكورة ولأن التلف في ذلك منزل منزلة العيب حتى يرجع عند الجهل بالأرض لتعذر الرد بالتلف ، ولذلك أدخله المصنف رحمه الله في فصول الرد بالعيب كما سيأتى ان شاء الله تعالى ، ولفعل الأولين مرجح سأذكره قريبا ان شاء الله تعالى .

واعلم أن صورة مسألة الكتاب هنا فيما اذا لم يترتب على القطع تلف . أما لو اتفق ذلك فالحكم كما سيأتى في هذه المسائل في آخر الباب ان شاء الله تعالى .

(تنبيه) جزم المصنف بالتسوية بين قطع اليد بالسرقة وبالقصاص ، وكذلك شيخه القاضي أبو الطيب والرافعى . وقال الماوردى : ان في القصاص لا يرد اتفاقا لأن القود لا يتحتم ويصح العفو عنه والقطع في السرقة لا يصح العفو عنه .

(تنبيه آخر) نظر الأصحاب الخلاف في هذه المسائل بالقولين فيما اذا علق في حال الصحة بصفة ، ثم وجدت الصفة في مرض الموت ، هل يعتبر من رأس المال أو من الثلث ؟ .

(تنبيه آخر) كثير من الأصحاب منهم القاضي أبو الطيب والقاضى حسين والرافعى ذكروا مسألة القطع مبنية على مسألة القتل بالجنانية وأخواتها ، ولذلك قدموا الكلام فيها وقدموا مسألة القطع عليها بخلاف ما فعل المصنف ، فانه أخر مسألة الجنانية . وحكى الخلاف في كل منهما من غير بناء وترجح فعل الأولين بأن مسألة القطع غير منصوصة للشافعى فيما يظهر من كلامهم . ومسألة الجنانية منصوص على أصلها ، وأبو الطيب يقول : ان قول أبى اسحاق فيها هو مذهب الشافعى ، وظاهر ذلك أنه منصوص عليه ، وسيقع الكلام في ذلك عند ذكر المصنف له ان شاء الله تعالى .

وممن وافقهم على البناء المذكور الروياني في البحر ، وقال فيه :
ان بعض أصحابنا بخراسان قال : اذا قلنا بالأول لا يرد بل يرجع
بما بين قيمته سارقا مقطوعا وقيمه غير مقطوع بالسرقه من الثمن ،
قال : وهذا ضعيف (قلت) ومراده بالأول قول أبي اسحاق . وعبر
الروياني عنه بأنه قول الشافعي ، لكن هذا الذي نقله عن بعض
الخراسانيين لا يكاد يفهم .

(فرع) اذا رضى بالقطع واطلع على عيب آخر فله الرد
ان جعلنا القطع من ضمان البائع والا فلا . قاله القاضي حسين .

(فرع) اذا كان عليه حد بالسياط فاستوفى بعد القبض ،
فان مات فالحكم كما سيأتي في أواخر الباب ، وان سلم فالحكم
كما مر في السابق ، فاستحقاق الحد بالسياط كاستحقاق القطع بالسرقه
والقصاص . قاله صاحب التتمة .

(فرع) عبد غليل به أثر السفر ، فقال سيده لرجل : اشتر
منى هذا العبد فان مرضه من تعب السفر ويزول عن قريب ، فاشتراه
فازداد مرضه ولم يزل ، قال القاضي حسين في الفتاوى : ليس له
الرد لأنه غرر بنفسه وما غرره البائع .

(فرع) اذا وجدت ازالة البكارة من الزوج أو قطع اليد قبل
القبض ، وكان قد رضى بالزوجة والجنائية . فقد تقدم أنى لم أر نقلا
في جواز الرد بذلك ، والأقرب القطع بأنه لا يوجب الرد ، فلو وجد
مع ذلك عيب لم يرض به ، هل يكون زوال البكارة وقطع اليد مانعا
من الرد بالعيب الآخر ، لرضاه بالسبب أم لا ؟ الذي يظهر أن يقال
(ان) جعلنا وجود ذلك بعد القبض غير مانع مع العلم كما قاله
الرافعي بناء على أنه من ضمان البائع فهنا أولى (وان) جعلناه
مانعا ، وأنه يرجع بالأرش فهنا احتمالان مأخذهما أن المنع بعد
القبض لأجل وقوعه في يد المشتري أو لأجل العلم ؟ (ان قلنا)
بالأول لم يمتنع هنا لوقوعه في يد البائع (وان قلنا) بالثاني امتنع لوجود
العلم . ولم أر في ذلك نقلا (والأظهر) أن المنع بعد القبض لأجل
حدوثه في يد المشتري مع العلم بسببه ، وهذا المنوع منقطع قبل
القبض فلا يمنع الرد وان علم بالسبب ، لأن هذا عيب زائد على

ما علمه ولهذا أقول : انه لا يمتنع عليه الرد هنا ، وان كنت استشكلت عدم امتناع الرد بعد القبض كما تقدم ، والله أعلم .

(فرع) عن أبى حنيفة أنه اذا قطع في يد المشتري رجع بنصف الثمن ووافق في مسائل التلف التي ستأتى ان شاء الله تعالى أنه يرجع بالجميع لأنه من ضمان المشتري .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(اذا وجد المشتري بالمبيع عيبا لم يخل اما أن يكون المبيع باقيا على جهته أو زاد أو نقص ، فان كان باقيا على جهته وأراد الرد لم يؤخره ، فان أخره من غير عذر سقط الخيار ، لأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال ، فكان على الفور كخيار الشفعة) .

(الشرح) للمبيع العيب خمسة أحوال : أن يكون باقيا على جهته ، أو زائدا أو ناقصا ، أو زائدا من وجه وناقصا من وجه أو تالفا ، ذكر المصنف الثلاثة الأولى وعقد لكل منها فصلا . وذكر الخامسة في فصل بعد ذلك ولم يذكره في القسم هنا ، لأنه لا يقال وجد العيب بالمبيع بعد تلفه ، وهو يقسم فيما اذا وجد بالمبيع عيبا ، ولو أريد (وجد) العلمية التي تتعدى الى مفعولين صح إطلاقها بعد التلف ، لكن ظاهر كلامه أنها من وجدان الضالة . وذلك يستدعى موجودا .

وأما الزائد من وجه والناقص من وجه فاما أن يكون المراد أن الأمر لا يخلو عن ذلك ، فالقسمة حينئذ حاضرة ، واما أن يكون تركه لأن حكمه يعلم من القسمين ، وقلما يقع التعرض له ، وعطفه بأو على (أما) غير متضح من جهة العربية . وكثيرا ما يقع ذلك في كلام المصنفين . وكذلك قوله : أو زاد . وكان الأولى أن يقول : زائدا عطفا على ما هنا (١) .

(١) كذا بالنسخة المطبوعة وتحريرها « عطفا على باقيا » وفات الشارح أن يقول : أو ناقصا أيضا ونقص في عطفا على زاد متوجهة (المطيعي) .

(أما الأحكام) فإذا كان المبيع الذى ظهر به العيب باقيا بحاله ، فقد تقدم أنه يخير بين امساكه ورده ، فان أراد رده فخير الرد على الفور عندكم وعند جمهور العلماء ، وكنت أحسب أن ذلك مجمع عليه حتى رأيت ابن المنذر نقل عن أبى ثور أنه لا يكون الرضا الا بالكلام ، أو يأتى من الفعل ما يكون فى المعقول فى اللغة أنه رضا ، فله أن يرد حتى تنقضى أيامه ويستمتع لأنه ملكه ، وكذلك نقل ابن حزم فأنه قال : لا يسقط الرد الا باحدى خمسة أشياء مطبقة بالرضا ، أو خروجه كله أو بعضه عن ملكه ، أو ايلاد الأمة ، أو موته ، أو ذهاب عين الشيء أو بعضه ، قال : وهو قول أبى ثور وغيره . انتهى .

ومن يعد أقوال أبى ثور وجوها يلزمه أن يجعل هذا وجها من المذهب ، وهو فى غاية الغرابة . ونقله ابن المنذر عن جماعة من العلماء المتقدمين فتاوى متحذلة لئلا يكون الرد على الفور ومختلة لخلافه ، فلذلك لم أذكرها ، ولعلى أذكرها بعد هذا فى تفصيل الأشياء المبطله للخيار ان شاء الله .

وقد استدل الأصحاب بكون الرد على الفور بدليلين (أحدهما) أن الأصل فى البيع اللزوم ، وذلك متفق عليه ، ومن الدليل فيه قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث : « المتبايعان بالخيار وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع » متفق عليه ، وذلك يقتضى لزوم العقد من الجانبين ، وأنه لا خيار بعد التفرق ، ثم انا أثبتنا الخيار بالعيب بالدليل الدال عليه من الاجماع وغيره ، والقدر المحقق من الاجماع ثبوته على الفور ، والزائد على ذلك لم يدل عليه اجماع ولا نص ، فيجوز فيه على مقتضى اللزوم جمعا بين الدليلين ، وتقييلا لمخالفة الدليل ما أمكن ، ولأن الضرر الذى شرع الرد لأجله يندفع بالبدار ، وهو ممكن ، فالتأخير تقصير فيجوز عليه حكم اللزوم الذى هو الأصل .

(الدليل الثانى) ما ذكره المصنف رحمه الله من أن القياس على خيار الشفعة وفيه احترازا . قال ابن معين : احترز بقوله :

ثبت بالشرع من خيار الشرط في البيع • ويقولوه : لدفع الضرر عن المال عن خيار الأمة اذا عتقت تحت عبد (اذا قلنا) ليس الخيار على الفور ، ومن خيار المرأة بالمطالبة بالعنة أو الطلاق في الإيلاء • ومن الخيار بين القصاص والدية • وقد أجاد في ذلك وزاد غيره خيار العنة أيضا كخيار الأمة • قال بعض الفضلاء : وهو منقوض بخيار المجلس فانه ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال • وليس على الفور ، وهذا النقض مندفع بأن خيار المجلس ثبت رفقا بهما كما قاله المصنف رحمه الله في أول البيع ، وذلك على وجه التروى والنظر في المصلحة ، لا لدفع الضرر المحقق ، فانه قد لا يكون ثم ضرر أصلا ، ولا يستند الى ظهور وصف في المبيع •

وبعد أن كتبت هذا رأيت هذا المعنى بعينه لأبى محمد عبد الله ابن يحيى الصنعى في كلامه على المذهب الذى سماه « غاية المفيد ونهاية المستفيد » وجعل قوله لدفع الضرر احترازا من خيار المجلس ، فانه ثبت للارتقاء والنظر ، وقد يرد على المصنف في ذلك خيار التصرية على قول أبى حامد والمروارودى كما تقدم ، فانه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال ، ومع ذلك يمتد الى ثلاثة أيام عند أبى حامد ، وقد يجاب عن هذا بأن أبى حامد يجعل ثبوته ثلاثا بالحديث ، ولا يجعله لكونه عيبا بدليل أنه يثبت مع العلم ، وإذا كان كذلك فلا يكون لدفع الضرر عن المال • وقد يورد على المصنف أيضا الخيار الذى أثبتته النبى صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ • فان ذلك خيار ثابت بالشرع لدفع الضرر عن المال ، وهو يمتد ثلاثة أيام ، ويجاب عنه بأن ذلك مختص بحبان بن منقذ كما أشار اليه الشافعى رضى الله عنه فيما تقدم • ويجاب عن كل من هذا وخيار المضرة على قول أبى حامد بأنهما خارجان من مقتضى القياس المذكور بالنص على خلاف القياس ، فيبقى فيما سواهما على مقتضاه •

وقد يورد على المصنف أنه قاس في باب الشفعة سقوط الخيار بتأخير الطلب من غير عذر على الرد بالعيب • وههنا قاس الرد بالعيب على الشفعة ، وأجابوا عن هذا بأن قياس الرد بالعيب على الشفعة ورود الخبر فيها ، وقياس الشفعة على الرد بالعيب لأن الشفعة

نردد قول الشافعي فيها يخلاف الرد بالعيب ، فان أكثر العلماء اتفقوا على أنه على الفور ، وعدوا ذلك من محاسن المذهب . واذا تأملت كلام المصنف في باب الشفعة حكمت بعدم صحة السؤال لأنه لما قال : أنها على الفور على الجديد ، استدل له بالحديث ثم قال : فعلى هذا ان أضر الطلب من غير عذر سقط ، لأنه على الفور فسقط بالتأخير من غير عذر كالرد بالعيب وهذا الكلام يقتضى المغايرة بين الحكمين ، وأن سقوط الخيار بالتأخير هو المقيس على الرد بالعيب ، وهو غير كونه على الفور الثابت بالحديث وههنا في الرد بالعيب ، المقصود اثبات كونه على الفور بالمقياس على الشفعة ، فالمقيس هناك على الرد بالعيب غير المقيس هنا على الشفعة ، فلا سؤال ولا اشكال ولا حاجة الى الجواب المذكور . ولكن لك أن تقول : ان كان السقوط بالتأخير من غير عذر ظاهر للزوم لكون الخيار على الفور ، ولا حاجة في الشفعة الى قياسه على الرد بالعيب ، وان لم يكن كذلك فلا يكفى الرد بالعيب لثبوته ، ان ثبت أنه على الفور ، بالمقياس على الشفعة ، كما هو مدلول كلام المصنف هنا . فيحتاج الى الجواب المذكور .

وقد خطر لى في الجواب عن ذلك والاعتذار عن المصنف في جعله سقوط الشفعة بالتأخير بعد تقرير كونه على الفور منشأ على الرد بالعيب مسألة غريبة نقلها أبو سعد الهروي عن تعليق البندنجي ، أن الشافعي رضى الله عنه نص في اختلاف العراقيين على القول الصحيح أن الشفعة على الفور للشفيع خيار المجلس لأنه قال : ولو عفا عن الشفعة ثم تركها ، ثم بدا له فأراد المطالبة بها ، كان له ما دام في المجلس .

قال الهروي : ووجهه أن العفو تقرير ملك المشتري لجهة المعارضة ، فيعقب بخيار المجلس كالشراء وعكسه الإبراء عن الدين فانه اسقاط محض ، ولم يتضمن تقرير ملك في غيره .

(قلت :) فلعل المصنف رحمه الله اطلع على هذا النص القائل بأن الشفعة لا تبطل بالعفو ما دام في المجلس على قول الفور ،

ولا شك أن التأخير أولى بعدم البطلان ، فأراد أن يدفع ذلك بالقياس على الرد بالعيب ، وهذا ينبغي السؤال عنه ، على أنى نظرت باب الشفعة من اختلاف العراقيين نظر العجل (١) ، فلم أر هذا النص فيه ، وهو غريب مشكل ، ورايت في كتاب أحمد بن بشرى (٢) الذى جمع فيه من نصوص الشافعى ما يوافق ، فانه قال : وتسليم الشفعة ان يكون سلمت شفعتى او تركتها او ما أشبهه ، ثم يفارق اليهود الذين قال بين أيديهم : قد سلمت شفعتى ، فان لم يفارقهم حتى يقول : أنا على شفعتى ، فذلك له ، وهذا هو ذاك النص بعينه وايضا فقد اختلف الأصحاب في خيار المجلس في الشفعة ، وفسره بعضهم بأنه يخير بين الأخذ والتترك في المجلس (وان قلنا) بالمفسور فما قاله المصنف يدفعه .

(فرع) اذا ادعى البائع أن المشتري أخّر الرد بعد العلم ، وأنكر المشتري فالقول قول المشتري مع يمينه ، قاله الرويانى عن جامع القاضى أبى حامد .

(فرع) أطلق المصنف رحمه الله أن التأخير من غير عذر يسقط الخيار ، والمراد بذلك أن يبادر على العادة . قال أصحابنا : فلا يؤمر بالعدو والركض ليرد ولو كان مشغولا بصلاة أو أكل أو قضاء حاجة فله الخيار الى أن يفرغ وكذا لو اطلع حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها فلا بأس ، وكذا لو ليس ثوبا وأغلق بابا . قال الماوردى والرافعى : ولو وقف عليه ليلا فله التأخير الى أن يصبح ، وقال الهروى في الاشراف : الى ضوء النهار ، وهما راجعان الى معنى واحد ، هكذا أطلق الماوردى والرافعى جازما بذلك اعتبارا بالعرف .

وقال صاحب التتمة : اذا اطلع بالليل ولم يتمكن من حضور مجلس الحكم ، ولا من استحضار الشهود ليفسخ بحضرتهم ولا من اخبار

(١) العجل : بفتح العين وكسر الجيم .

(٢) لم أجد ذكر لأحمد بن بشرى الذى كثر وروده في كلام السبكي في طبقات ولده فظننت أنه أحمد بن بشر المعروف بابى حامد المرواروى ولكن صرفنى عنه نقله كثيرا عن أبى حامد بهذه الكنية والنسبة والله تعالى أعلم بالمراد (المطيعي) .

البائع بذلك ، فعامة أصحابنا قالوا : لا يد أن يقول في الوقت فسخت ،
والأستط حقه ، وكان القفال يقول : لا يبطل ، بل يؤخر حتى يحضر
البائع أو الشهود أو يحضر مجلس الحكم . والظاهر أن صاحب
التمتة يطرد هذا الخلاف في تأخر الفسخ بالعذر مطلقا ، ويشمل
ذلك الصور المتقدمة من الأكل وقضاء الحاجة ونحوه ، ويكون ذكر هذه
الأعذار المتقدمة إنما تستمر على رأى القفال ويحتمل أن يكون ذلك
مختصا بالليل ، لما فيه من التأخير كما يقوله في الغيبة والمرض
إنها الأعذار المتقدمة فلا يعد في العرف تأخيرا ، وهذا الاحتمال
الثاني أوفق لكلام الرافعي واشتراط صاحب التمتة عدم التمكن في الليل
يقتضى أنه متى تمكن فيه كان كالنهار ، وكذلك قال ابن الرفعة :
لا فرق بين الليل والنهار إذا تمكن من المسير فيه من غير كلفة ، أما
إذا كان فيه كلفة فله التأخير إلى الصباح ، وهذا وإن كان المعنى
والفتة يقتضيه فلم أر التصريح به لغيره .

قال البغوى وابن أبى عسرون : إنه في الليل لا يلزمه تعجيل
الفسخ ، ولا الإشهاد على نفسه بالرد في أصح الوجهين ، وهذا الوجه
الذى أشار إليه يسلكه مسلك الغيبة ، وسيأتى الكلام فيها إن شاء
الله ، ولو لقي البائع فرد عليه قبل سلامه صح ، ولو رد عليه بعد
سلامه صح أيضا ، خلافا لمحمد بن الحسن ، قاله الماوردى
والرافعى وغيرهما ، وفي بعض الشروح للتنبيه حكاية وجهين في كون
السلام عذرا هو بعيد ، وإن كان الامام قال في الشفعة : إن من
عده في اشتراط قطع ما هو مشغول به من الطعام وقضاء الحاجة
لا يبعد أن يشترط ترك الابتداء بالسلام ، ولو علم به وهو ممنوع
بعته أو مرض كان على حقه إلى أن يزول المنع . قاله الماوردى .

وسيأتى كلام كثير في حالة الغيبة ، لو لم يتم الغرض إلا
باستيفائه فهذه كلها أعذار احترز عنها المصنف رحمه الله بقوله : من غير
عذر . وقال الأئمة : إن الكلام في المبادرة وما يكون تقصيرا وما لا يكون
محله كتاب الشفعة ، وأحالوا الكلام هنا عليه ، وقد حكوا هناك وجها
أنه يلزمه إذا اطلع على الشفعة قطع ما هو عليه من طعام ، والخروج
من الحمام والنافلة ونحو ذلك ، تحقيقا للبدار ، قال ابن الرفعة :
ومثلا لا يبعد جريانه ههنا لأنهما في قرن ، وعد ابن الرفعة من

الأعذار أباق العبد قبل القبض ، فان المشتري اذا اطلع عليه وأخبر
لا يسقط حقه ، بل لو صرح بإسقاطه لم يسقط على الصحيح .

(قلت) والحكم كما ذكر ، ولكن ذلك لأن السبب متجدد في
كل وقت ، فلا يحصل حقيقة التأخير فلا يحسن عده في جملة الأعذار .

(فرع) وأما الذي لا يكون عذرا فكثير (منها) لو يادر حين
العلم بالعيب فلقى البائع فأخذ في محادثته ، ثم أراد الرد فلا رد له ،
قاله الماوردي والرافعي وغيرهما ولو أخر الرد مع العلم بالعيب
ثم قال : أخرت لأنى لم أعلم أن لى حق الرد - فان كان قريب
العهد بالإسلام ، أو نشأ في برية لا يعرفون الأحكام - قيل
قوله ، ومكن (١) والأفلا ، وعن الفروع حكاية قولين كالأمة اذا ادعت
الجهالة بالحكم ، ولو قال : لم أعلم أنه يبطل بالتأخير قبل (١) قوله ، لأنه
مما يخفى على العوام هكذا قال الرافعي .

وقال القنوي : انما يقبل قوله ، ولم أعلم أن الرد على الفور ،
وقول الشفيع : لم أعلم أن الشفعة على الفور ، اذا كان ممن يخفى
عليه مثله ، وقد صرح العزالي وغيره بهذا في كتاب الشفعة .

(قلت) وفي الاطلاقين نظر ، ويتعين أن يقال : يقبل قوله
اذا كان ممن يخفى عليه أو مجهول الحال ، أما من علم أنه لا يخفى
عليه فلا يقبل قوله ، وعلى هذا يحمل اطلاقهم ، وحيث يطل حق الرد
بالتقصير يبطل حق الأرض أيضا .

(فرع) لو اطلع على عيب قبل القبض ، تلزمه المبادرة على
الفور أيضا ، على ما يظهر من كلامهم ، ولا يقال : ان له التأخير الى
القبض لأن كل ما كان قبل القبض من ضمان البائع ، ودوام العيب
عيب .

(فرع) فيه تحقيق الكلام في الفور وكيفية الرد وحال الغيبة
والمرض ؟ قال القاضى حسين عن عامة الأصحاب : ان عليه الفسخ
على الفور . وعن الشيخ وهو القفال ان له التأخير الى حضور مجلس

(١) مكن ، وقبل : بضم اوله وكسر ثانيه بالبناء للمجهول .

الحكم ، هكذا رأيت في تعليقه . وأراد أبو سعد الهروي في النقل عن القاضي حسين أنه رد على المقتال ، وقال : سبيله أن يفسخ الواقع منه لتيسير الإثبات له ، ويقرب منه ما تقدم عن صاحب التتمة ونقل عن عامة الأصحاب في الليل أنه لا بد من تلفظه بالفسخ . وعن المقتال أنه يؤخر إلى وجود المباح أو الشهود أو مجلس الحكم .

قال الامام : ان تمكن من الفسخ بين يدي قاض فلا عذر في التأخير ، وان لم يحضر خصمه ولم يتمكن من الاثبات فليبتدر الرفع إلى القاضي بحيث لا يعد تقصيرا في العرف ، ولا يلزمه النطق بالفسخ قبل الحضور . فان رفع إلى الحاكم مع حضور الخصم بطل حقه على المذهب ، وان لم يجد الغريم فامتنع أن يتلفظ بالرد ويشهد فلم يفعل ، ورفع إلى القاضي فوجهان .

وقال الغزالي في البسيط : ان نهض إلى المباح كما اطلع لم يكن مقصرا ، وان لم يكن حاضرا ورفع إلى القاضي فليس مقصرا ، وان فسخ في بيته واتشهد فليس مقصرا ، وان رفع إلى القاضي مع حضور الغريم بطل حقه على المذهب ، وان لم يكن الغريم حاضرا وأمكن الاثبات ، فلم يشهد ورفع إلى القاضي فوجهان ، وهو موافق لكلام الامام ، وجزمه أولا بأنه اذا رفع إلى القاضي ليس مقصرا محمول على ما اذا لم يمكن الاثبات ، جمعا بين أول كلامه وكلام الامام أنه يرد على الغريم ، فان لم يحضر فلاشهاد ، أو يكتفي بالحكم وجهان ، فعلى أحد الوجهين الغريم ثم الاثبات ثم الحكم ، وعلى الوجه الآخر الغريم ثم الاثبات أو الحكم في رتبة واحدة ، وهذا اذا لم يكن حاضرا في مجلس الحكم ، فان كان حاضرا بين يدي القاضي فلا يعذر في التأخير ، كما قدمه الامام .

وقال في الوسيط : ان كان العاقد حاضرا فليرد عليه في الحال ، وان كان غائبا فليشهد على الرد اثنين ، فان عجز فليحضر مجلس القاضي فان رفع إلى القاضي والخصم حاضر فمقصر ، وان كان الشهود حضورا فرفع إلى القاضي فوجهان ، اذ في الرجوع إلى القاضي مزيد تأكيد ، فاقضى هذا الترتيب الغريم ثم الاثبات ثم الحكم ، وقيل الغريم ثم الاثبات أو الحكم في رتبة واحدة .

وقال في الوجيز : ترد عليه في الوقت ان كان حاضرا ، وان كان غائبا أشهد شاهدين حاضرين ، فان لم يكن حاضرا عند القاضي فوافق ما في الوسيط ، قال الرافعي : وفي الترتيب المذكور اشكال يعني الذي في الوسيط والوجيز . قال : لأن الحضور في هذا الموضع اما أن يعنى به الاجتماع في المجلس ، أو الكون في البلد فان كان الأول فاذا لم يكن البائع عنده ولا وجد الشهود ، ولم يسع الى القاضي ولا سعى الى البائع واللائق لمن يمتنع من المبادرة الى القاضي اذا وجد البائع أن يمنع منها اذا أمكنه الوصول اليه . وان كان الثاني فأى حاجة الى أن يقول شاهدين حاضرين ؟

ومعلوم أن الغائب عن البلد لا يمكن اشهاد ، ثم على التفسيرين فكون حضور مجلس الحكم مشروطا بالمعجز عن الاشهاد بعيدا ، اما على الأول فلأن حضور مجلس الحكم قد يكون أسهل عليه من احضار من يشهده أو الحضور عنده واما على الثاني فلأنه لو اطلع على العيب وهو حاضر في مجلس الحكم ينفذ فسخه ولا يحتاج الى الاشهاد ، بل يتعين عليه ذلك ان أراد الفسخ ، فظهر أن الترتيب الذي يقتضيه ظاهر لفظ الكتاب غير مرعى . انتهى كلام الرافعي . ووافقه النووي على هذا الاشكال وقال : ان الترتيب الذي ذكره الغزالي مشكل خلاف المذهب وقال الرافعي : ان الذي فهمه من كلام الأصحاب أن البائع ان كان في البلد رد عليه بنفسه أو بوكيله ، كذا لو كان وكيله حاضرا ولا حاجة الى المرافقة ، فلو تركه ورفع الأمر الى مجلس الحكم فهو زيادة توكيد وحاصل هذا تمييزه بين الأمرين .

وان كان غائبا عن البلد دفع الأمر الى مجلس الحكم ، والى أن ينتهي الى الخصم أو القاضي في الحالين لو تمكن من الاشهاد على الفسخ هل يلزمه ؟ وجهان . قطع صاحب التتمة وغيره باللزوم ، ويجرى مجرى الخلاف فيما اذا أخر بعذر من مرض أو غيره ، ولو عجز في الحال عن الاشهاد فهل عليه التلفظ بالفسخ ؟ وجهان . (أصحهما) عند الامام وصاحب التهذيب لا حاجة اليه ، انتهى ما ذكره الرافعي وهو مخالف لما قاله الامام والغزالي في كون الرفع الى القاضي مع حضور الخصم مبطلا ، كما يقوله الامام ، وعند الرافعي هو مخير بينهما ومخالف له أيضا في الاكتفاء بالاشهاد عن الحضور الى الحاكم

كما يقتضيه كلام الغزالي في البسيط والوجيز ، وصدر كلام الامام في النهاية .

وعلى ما قاله الرافعي لا يكتفى بذلك جزما ، ولا يجوز التشاغل به عن الحاكم وزائد على كلام الامام والغزالي يلزوم الاشهاد عند الامكان الى ان ينتهي الى الخصم او القاضي في الحائين على ما قطع به صاحب التتمة وغيره ، وان كان آخر كلام الامام والغزالي في البسيط يمكن حمله على الوجهين في ذلك الذي حكاها الرافعي ، لكنه ان صح حمله على ذلك قاصر على الحاكم دون الخصم ، فهذه الأمور الثلاثة في كلام الرافعي رحمه الله ، وفي كلام الامام زيادة بيان انه ان تمكن من الفسخ بين يدي قاض فلا عذر في التأخير ، ومقتضى ذلك انه مقدم على الجميع ، وهو كذلك بلا نزاع ، فقول الرافعي انه يخير بين الأمرين ان أراد في غير مجلس الاطلاع وهو الظاهر فبقيت عليه هذه الحالة لم يذكرها ، وان أراد مطلقا اقتضى أنه من الحاكم ، ويذهب الى البائع أو يترك البائع في المجلس ويذهب الى الحاكم . وسنذكر عن ابن الرفعة ما فيه . وما ذكره الرافعي من أن الأصح عند الامام وصاحب التهذيب أنه لا حاجة الى التلطف بالفسخ عند العجز مخالف لما تقدم عن القاضي حسين ونقله عن عامة الأصحاب وموافق لما نقله عن القفال ، وفيما ذكره الرافعي من التأخير بحيث لا بد من معرفته سأفرد له فرعا في آخر الكلام ان شاء الله تعالى .

وقال ابن الرفعة في الكفاية ، على سبيل الايراد على الغزالي : ان الامام ذكر في الشفعة أن الشفيع لو ابتدر مجلس الحكم فهو فوق مطالبة المشتري ، وحكما معا وجهين فيما اذا تمكن من الاشهاد وتركه ، ودفع الى القاضي ، وهذا يدل على أن المضي الى القاضي أقوى من لقاء الخصم ، وأن الاشهاد أقوى من المضي الى القاضي هكذا كلامه في الكفاية . وقال في المطلب : ان مراد الغزالي هنا في الوسيط والوجيز بالحضور الحضور في البلد ، وكذلك مراده في البسيط هنا ويظهر على ذلك أن الرفع الى القاضي مع حضور الخصم في البلد ليس بتقصير ، بل هو فوقه لاحتمال المنازعة .

وأما الرفع الى القاضي مع حضور الشهود مجلس الاطلاع ، ففيه الوجهان ، ثم قال ابن الرفعة : انه على قولنا لا يجب الفسخ بحضرة

الشهود ، فهل يجب عليه أن يشهد أنه طالب للرد ؟ يشبه أن يكون فيه وجهان كالشفعة . ومن ذلك أن صح ينتظم ثلاثة أوجه ، ثالثها الاشهاد يعتبر عند تيسره على طلب الرد ، لا على نفس الرد .

(قلت :) والصحيح كما تقدم عن الرافعي أنه يلزمه الاشهاد على نفس الرد ، وأما الاشهاد على أنه طالب الرد ولا يكفي فانه ههنا يمكنه انشاء الرد بحضرة الشهود وفي الشفعة لا يمكنه الأخذ إلا بأمور هي مقصودة إذ ذلك ، فليس المقدور في حقه إلا الاشهاد على الطلب ، ثم اعترض ابن الرفعة على نفسه بأن الامام والغزالي في البسيط قالوا في الشفعة : ان الشفيع اذا ترك مطالبه المشتري مع الحضور ، وابتدر الحاكم فهو فوق مطالبه المشتري . وهذا المعنى يجوز أن يقال في حالة حضور المشتري في البلد ، وحضوره مجلس الاطلاع على الشفعة ، ويجوز أن يقال مثله في الحالين في الرد بالعيب ، اجاب بأنه يحمل ما ذكره في الشفعة على حالة غيبة المشتري عن مجلس الاطلاع عليها ، لأن في حالة الحضور لا خلف على الشريك في قوله : أنا طالب بالشفعة أو تملك بها ، أو وجد بدل المال ، فان نازعه المشتري إذ ذلك رفعه إلى الحاكم ، وفي حال غيبة المشتري عن مجلس الاطلاع لا بد من المضي أما له أو للحاكم ، فكان مخيرا بينهما [أيهما] أحوط ، وهكذا لا تباين بين الكلامين .

قال : وهذا قلته بناء على ما صار إليه معظم الأصحاب من أنه اذا أمن الرد على (١) لا يعذر بطلب الحاكم . أما اذا قلنا بما صار إليه القفال فيما حكى القاضي عنه فلا فرق بين الحالين في جواز تأخير الطلب الى وقت الحضور بين يدى القاضي كما [أن] ذلك مقتضى اطلاق القاضي في تعليقه عنه ولا جرم ، قال الامام مشيراً الى هذا الوجه : لو كان المردود عليه حاضراً فابتدر القاضي فظاهر المذهب أنه يبطل حقه ، لكن حكاية الهروي عن القفال لا تدخل حالة قصوره مع البائع ، بل حال غيبته وتمكنه فيها من الاشهاد ، واذا كان كذلك ظهر صحة ما قال الغزالي من الجزم بأنه يقصر ، يعني اذا رفع الى القاضي والخضم حاضر . أى في مجلس الاطلاع .

(١) بياض بالاصل ولعل السقط (طالب الشفعة فانه ...)

(الطيمى)

(قلت) ما حكى الهروي عن الشيخ أبي حامد أن الرفع إلى القاضي والطلب منه أن يحضر المشتري حتى يأخذ منه بالشفعة تطويل يبطل الحق . قال ابن الرفعة : وقد ينحل ما ذكرناه على ما يختاره من فهم كلام الوسيط اتباعا لما في الوجيز أن تأخير الرد بحضرة القاضي قد جمعهما مجلس الاطلاع تقصير جزما . وكذا تأخيره إذا اجتمع هو والمالك في مجلس الاطلاع وفيه ما سلف عن الامام ، وقد عرفت اندفاعه ، وعند عدم حضور البائع مجلس الاطلاع لكنه حاضر في البلد ، هل يجعل بترك الاشهاد قبل الانتهاء اليه مقصرا ؟ وجهان جاريان فيما إذا كان غائبا عن البلد وترك الاشهاد قبل الانتهاء إلى القاضي ، المفهوم منهما في الوجيز أنه غير مقصر ، ولو لم يقدر على الاشهاد في حال حضور البائع في البلد أو غيبته عنها فلا تقصير الا باهمال طلب البائع أو القاضي .

وهل يكون طلب القاضي تقصيرا في حال حضور البائع في البلد وتيسر طلبه قبل طلب القاضي ؟ فيه الوجهان عن القفال وغيره ومع ذلك لا يتوجه على الغزالي ما ذكرته في الكفاية وذكره الرافعي فيما يظنه غلبيأمل .

(قلت :) وملخص ذلك أنه ان حضر البائع مجلس الاطلاع رد جزما ، وان حضر المشتري مجلس الاطلاع فكذلك ، لا على ما يفهمه كلام القاضي حسين من النقل عن القفال ، وان لم يحضر أحد منهما مجلس الاطلاع وحضر في البلد فعلى ما قاله الرافعي ، واقتضى كلام الامام في الشفعة أنه يكون مخيرا بين البائع والحاكم . وقال ابن الرفعة : انه في هذه الصورة الوجهان عن القفال وغيره ، يعني فيكون التخيير على رأى القفال خاصة . وعامة الأصحاب على خلافه ، وليس بصحيح لأنه قد وافق عند تأويل كلام الامام والغزالي في الشفعة أن الرفع إلى الحاكم أحوط . فهذه مناقشة في كلام ابن الرفعة . وأيضا مناقشة ثانية ، هي أن كلام الغزالي في الوسيط جعل الحضور إلى القاضي عند العجز عن الشهود ، وذلك يوهم الاكتفاء بالشهود ، ولم يقل به أحد من الأصحاب فيما علمته عند القدرة على القاضي أو البائع . ومناقشة ثالثة وهي أن ما ذكره لا يدفع اعتراض الرافعي في قوله : لم يسع إلى القاضي ولا يسعى إلى البائع كما يقتضيه كلام الغزالي .

(وقوله) ان حضور مجلس الحكم قد يكون أسهل من احضار الشهود ، فيكون الحضور الى القاضي مشروطا بالعجز عن الشهود [وهو] كما يقتضيه كلام الغزالي بعيد ، وما ادعاه ابن الرغفة من ارادة حضور مجلس الحكم صحيح ولكن لا يدفع سؤال الشافعي رحمه الله ، فقد ظهر أن اشكال كلام الغزالي باق بحاله ، فان اتضح بعض مراده وتلخيص الحكم على الصحيح الذى تحصل من كلام الرافعي وغيره ، وفي كل من الحالتين يجب الاشهاد اذا تيسر قبل الانتهاء الى البائع أو الحاكم على الأصح ، ولا يجب التلطف بالفسخ قبله على الأصح ، وتلخيصه بأيسر من هذا على الصحيح .

وسأفرد للكلام في ذلك فرعا ، ولك أن تعبر بعبارة مختصرة فتقول : تجب المبادرة الى البائع أو الحاكم ، فان مر في طريقه الى أحدهما بالآخر ولقى شهودا وجب اشهادهم قبل ذلك في الأصح ، واذا أردت تمييز المراتب فاعلم أن المرتبة الأولى أن يحضر مع الحاكم في مجلس الاطلاع فيبادر ولا يؤخر قطعا ، على ما قاله ابن الرغفة وأقتضاه كلام الامام .

(الثانية) أن يحضر البائع مجلس الاطلاع فكذلك لا على ما يقتضيه نقل القاضي حسين عن القفال أنه له التأخير الى حضور مجلس الحكم حذرا من انكار البائع .

(الثالثة) حضور الشهود مجلس الاطلاع فلا يعذر في التأخير لما كان الاثبات بهم ، ولم أر تصرحا بنقلها الا ما تقدم من اطلاق أنه يجب الاشهاد قبل الانتهاء الى الحاكم والبائع ان أمكن على الأصح ، ومقتضى ذلك أن يأتي ذلك الوجه هنا أيضا ، وقد قدمت ما فيه ، ففى هذه الصور الثلاث متى أخر عن مجلس الاطلاع بطلا حقه اما جزما أو على الأصح . وظاهر هذا الاطلاق يقتضى أنه لا فرق بين أن يكون الحاكم أبعد من البائع أو أقرب . وقد يقال ينبغي أنه اذا كان يمر في مضييه الى أحدهما بالآخر يعذر ، كما لو كان معه في مجلس الاطلاع فلا يعذر في التأخير عنه الى أن ينتهي الى الآخر . وقد قدمت ذلك أيضا . وسنعيد الكلام فيه (١) .

(الخامسة) أن يكون الموجود في البلد واحدا منهما ، اما الحاكم أو البائع فلا شك في تعيينه .

(السادسة) اذا لم يكن واحد منهما في البلد تعين الاشهاد .

(السابعة) اذا كان الشهود في البلد وتيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم فيجب الاشهاد على الصحيح . وقال الغزالي في الشفعة : ان المذهب أنه لا يجب .

(الثامنة) اذا كان الشهود في البلد ولا تيسر بهم الاجتماع قبل البائع أو الحاكم فلا يجب المضى اليهم جزما .

(التاسعة) اذا كان الشهود في البلد تيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم فيجب الاشهاد على الأصح ولا يكفي جزما .

(العاشرة) اذا لم يكن في البلد شيء من الثلاثة فهل يجب أن يتلفظ بالفسخ ؟ يأتي فيه الوجهان المذكوران في كلام الراقعي في حالة العجز عن الاشهاد ، الأصح عدم الوجوب .

(فرع) اذا رفع الأمر الى الحاكم عند غيبة الخصم على ما تقدم فكيف يدعى ؟ قال القاضي حسين في فتاويه : يدعى شراء ذلك الشيء من فلان الغائب بثمن معلوم وأنه أقبضه الثمن ثم ظهر العيب ، وأنه فسخ البيع ويقيم البينة على ذلك في وجه مسخر ينصبه القاضي ويحلفه القاضي مع البينة ، لأنه قضاء على الغائب ، ثم يأخذ المبيع منه ويضعه على يد عدل ، والثمن يبقى دينا على الغائب فيقضي القاضي من ماله ، فان لم يجد له سوى المبيع باعه لقضاء دينه ، هكذا قاله القاضي ونقله الراقعي عنه .

وقوله في الدعوى : انه فسخ البيع ، انما ذكره القاضي تفريعا على رأيه في أنه لا يؤخر الفسخ حتى يحضر الى الحاكم ، بل يفسخ عند الشهود أو وحده ، وأما على الأصح أنه لا يجب عليه التلفظ بالفسخ اذا لم يوجد الشهود وحضر عند الحاكم على ذلك فانه ينشئ الفسخ عنده ، وتكون الدعوى التي يقيم البينة عليها بالشراء وقبض الثمن وظهور العيب فقط . وقوله : ينصب مسخرا . تفريع على رأيه أيضا في الاحتياج اليه في الدعوى . والأصح عند غيره أنه لا يلزم القاضي

نصب المسخر وتحليفه بعد البيينة على الأصح من المذهب في الدعوى على الغائب . وقيل : يستحب .

وقوله : « يقضيه القاضي من ماله » يشمل النقد وغيره . وهو في النقد ظاهر وأما غير النقد فيحتمل أن يقال انه مثل البيع . فيتخير القاضي في بيع ما شاء منهما ، ويحتمل أن يقال انه يتعين بيع المبيع لأنه أقرب الى مقصود البائع . فان عجز باع من غيره ليكملة . قال ابن الرغفة : وهو الذي يظهر . وليس كما قال لأنه ليس للبائع غرض في أخذ الثمن من المبيع دون غيره ، بل هو وغيره سواء ، فينبغي أن يحمل كلام القاضي على ذلك ولا يحمل على ماله سوى المبيع ، لأنه لا يتعين في ذلك ، والله تعالى أعلم .

(فرع) غأما اذا رفع الى القاضي في حال حضور الخصم في البلد على ما تقدم أنه مخير أو كان عند الحاكم في مجلس الاطلاع على العيب ، وقد تقدم أن المعتبر حينئذ المبادرة الى الحاكم جزما ، فالظاهر أنه لا فائدة في ذلك الا اعلام الحاكم بالفسخ ، وطلب غريمه ليدعى عليه وحينئذ فالإكتفاء بذلك عند الاشهاد مستمر على الصحيح أن القاضي يقضى بعلمه ، أما اذا منعنا من القضاء بالعلم فلا يفيد اخبار الحاكم بذلك وحده ، قبل مجيء الغريم ، واذا جاء الغريم لا يمكنه أن يقول : انه الآن كما اطلع على العيب ليقدم اعترافه عند الحاكم ، ولا يقبل قوله في قوله : الفسخ في ذاك الوقت ، ولا يمكن الحاكم أن يحكم له به تفريعا على منع الحكم بالعلم فيقف وهذا يحسن أن يكون مأخذا لتقديم الاشهاد وأنه لا يرفع الى الحاكم عند العجز على الاشهاد على ما اقتضاه كلام الوسيط . لكن ذاك يقتضى تقديمه على النهوض الى البائع أيضا ، وقد عرف بما ذكرته من علم الحاكم بتقديم علمه بالعيب ، وعدم انتفاعه بعلمه بالفسخ ، والله أعلم .

(فرع) الخصم الذي يرد عليه على وجه التعين أو التخيير بينه وبين الحاكم من هو ؟ كلام المصنف ساكت عن ذلك ، وأطلاق كلام الغزالي والرافعي أنه البائع ، وذلك يقتضى أنه لا فرق بين أن يكون عقد لنفسه أو لغيره .

قال ابن الرغفة : وفي الثانية نظر (اذا قلنا) لا عهدة تتعلق بالوكيل ، وعلى كل حال فله الرد على الموكل (قلت) والكلام في العهدة

معروف في موضعه ، فلذلك حسن الاطلاق ههنا محالا على البيان ، ثم وقد صرح الراغمي في آخر هذا الباب بأن له الرد على الوكيل وعلى الوصى ، يعنى اذا باشر الوصى أو الوكيل العقد وقد مر ذلك فيما اذا أوصى اليه ببيع عبده وشراء جارية بثمنه واعتاقها ففعل ، ثم وجد المشتري عيبا بالعبد ، قام الوصى ببيع العبد المردود ، ويدفع الثمن الى المشتري .

قال : ولو فرض الرد بالعيب على الوكيل فهل للوكيل بيعه ثانيا ؟ فيه وجهان (أحدهما) وبه قال أبو حنيفة رحمه الله كالوصى ليتم البيع على وجه لا يرد عليه (وأصحهما) لا ، لأنه امتثل المأمور ، وهذا ملك جديد فيحتاج الى اذن جديد ويخالف الايصاء فإنه تولية وتفويض ، ولو وكله بأن يبيع بشرط الخيار للمشتري (غان قلنا) ملك البائع لم يزل ، فله بيعه ثانيا (وان قلنا) زال وعاد ، فهو كالرد بالعبد ، ثم اذا باعه الوصى ثانيا ، غان باعه بأقل من الثمن الأول فالتقصان على الوصى ، أو في ذمة الوصى ؟ فيه وجهان (أصحهما) الأول ، وبه قال ابن الحداد .

وعلى هذا لو مات العبد في يده كما رد غرم جميع الثمن ، ولو باعه بأكثر من الثمن الأول لزيادة قيمة أو راغب دفع قدر الثمن للمشتري والباقي للوارث ، وان لم يكن كذلك فقد بان بطلان البيع الأول للعين ويقع عتق الجارية عن الوصى ان اشتراها في الذمة ، وان اشتراها بغير ثمن العبد لم ينفذ الشراء ولا الاعتاق وعليه شراء جارية أخرى واعتاقها بهذا الثمن على الوصى ، هكذا أطلقه الأصحاب ولا بد فيه من تقييد لأن بيعه بالعين وتسليمه عن علمه بالحال ، حكاية ينعزل بها ، ولا يتمكن من شراء جارية أخرى ، هكذا قال الراغمي . قال النووي : الصورة مفروضة غيمن لم يعلم .

(وأما) قول ابن الرفعة : على كل حال له الرد على الموكل ، يوهم أن ذلك بلا خلاف ، وليس كذلك بل الخلاف في العهدة غيها جميعا ، فالصحيح مطالبتهما جميعا ، الوكيل والموكل ، وقيل : الوكيل دون الموكل ، وقيل : الموكل دون الوكيل والكلام هنا في المردود عليه ، فظهر أنه كذلك ، وقد ذكره في التحالف وذكروا خلافا فيه وفي ولى المحجور عليه اذا باشر العقد ، فأما الوكيل فلا شك في اتجاه رد الاتلاف هنا كما قلنا من العهدة .

(وأما) ولى المحجور ففيه الجزم بالرد عليه ، والا فكيف الخلاص من رفع الجزم بالرد عليه الى الظلامة ، وكذلك القاضى ونائبه فى مال اليتيم .

وأما الوارث فانه يرد عليه وقد جزم أصحابنا بجريان التحالف معه . وأما الرد بالعيب هنا فقد ذكر الراجعى ما تقدم . وقد ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وصاحب البحر المسألة أيضا . وأنه يرد على الوكيل أى جوازا . وهى من المسائل التى فرغها ابن سريج على الجامع الصغير لمحمد بن الحسن . والأصل فيها أن السلعة متى عادت الى الوكيل بغير اختياره فله ردها على الموكل ، ومتى عادت اليه باختياره فلا ، فان ردت عليه بعيب — فان كان بعيب لا يحدث مثله — فالوكيل يرده على الموكل ، وان لم يمكن تقدمه على القبض فقبله الوكيل لم يكن له رده على الموكل ، وان احتمل فان أقام المشتري بينة فالقول قول الوكيل ، فان حلف سقط الرد والا ردت على المشتري ، فان حلف ورد على الوكيل لم يرد على الموكل كما لو صدقه ، وقال القاضى الطبرى : ان قلنا : رد الثمن بمنزلة البينة له رده على الموكل ، قال الرويانى : وفيه نظر عندى لأنها لا تتمدى الى ثالث

(فرع) الاشهاد الواجب أطلقه الراجعى وغيره . وقال الغزالى : يشهد اثنين . قال ابن الرقعة : وذلك على سبيل الاحتياط لأن الواحد مع اليمين كاف ، والأمر كما قال .

(فرع) تقدم أنه اذا كان الخصم غائبا من البلد يرفع الأمر الى مجلس الحكم والغيبة المذكورة لا شك أنه يكفى فيها مسافة القصر ، وهل تكفى مسافة العدوى ؟ قال ابن الرقعة : يشبه أن يكون فيها الخلاف فى الاستدعاء وقبول شهادة الفرع ، وكتاب القاضى الى القاضى ، والدعاء لأداء الشهادة ، قال : وقد يقال : غيبته عن البلد وان قلت المسافة كالغيبة البعيدة ، كما ذكر وجه فى بعض الصور السالفة ، لأن فى تكليف الخروج عنها مشقة لا تليق بما نحن فيه ، قال : وهذا ما يفهم كلام الراجعى الجزم به .

(قلت :) والجزم بذلك هو الظاهر ، واذا كان كلام الراجعى لا يقتضيه الا باطلاق الغيبة ، فان جزم الأصحاب فيما تقدم بأن عند حضور الحاكم مجلس الاطلاع تجب المبادرة اليه يبعد معه أن يكون

الحاكم حاضرا في البلد ، فيجوز تركه والمضى الى البائع في دون مسافة
القصر أو مسافة العدوى ، فينبغي أن يعتبر مطلق الغيبة الا أن يكون
موضع البائع خارج البلد ، أو أقرب من موضع الحاكم في البلد ،
غفيه نظر .

(فرع) تقدم من كلام الراغبي أنه مخير بين البائع والحاكم ،
وهذا باطلاقة يقتضى أنه يجد أحدهما ويعدل عنه الى الآخر ، لاسيما
قول الراغبي : انه ان ترك البائع ورفع الى الحاكم فهو زيادة تأكيد ،
فانه دل على هذا المعنى لكن هذا يردّه تصريحهم : متى كان الحاكم في
مجلس الاطلاع لا يجوز التأخر للبائع وبالعكس ، فيتعين حمل هذه
العبارة على ما سوى هذه الصورة ، وأنه انما يجوز له الذهاب الى
الآخر اذا لم يتفق له لقاء الآخر قبله ، ثم بعد ذلك قد يكون موضع
الحاكم والبائع متساويين في القرب والبعد ، فظهر التخير ، وقد
يكون أحدهما أقرب من غير أن يمر به بأن يكونا في جهتين ، فهل
نوجب المضى الى الأقرب منهما أو يكون التخيير مستمرا ؟ اطلاق
كلامهم يدل على الثانى وهذا الفرع هو الذى وعدت به . ولأجل
ما فيه قلت فيما تقدم : انه اذا مر في طريقه بأحدهما لا يعذر في
مجاوزته الى الآخر .

(فرع) وروى محمد بن سيرين قال : ابتاع عبد الرحمن
ابن عوف جارية فقيل له : ان لها زوجا ، فأرسل الى زوجها فقال له :
طلقها فأبى فجعل له مائتين فأبى ، فجعل له خمسمائة فأبى ، فأرسل
الى مولاهما أنه قد أبى أن يطلق فاقبلوا جاريتكم ، تمسك بعض الناس
بهذا الأثر ، والمدعى أنه لا مخالف له من الصحابة وهو محتمل لأن يكون
عبد الرحمن لا يرى الخيار على الفور ، أو أنه لا يبطل بمثل هذا
التأخير ، وليس في الأثر أنه رد جبرا ، فيحتمل أن مالكا رضى بردها ،
وان سقط بالتأخير فيكون اقالة ، وكل منهما مخالف للمذهب .

(فرع) محل الذى تقدم من وجوب الفور في شراء الأعيان ،
أما الموصوف المقبوض اذا وجد معييا (فان قلنا) انه يملكه بالرضا
فلا شك أن الرد ليس على الفور (وان قلنا) يملك بالقبض فيجوز
أن يقال على الفور والأوجه المنع ، لأنه ليس معقودا عليه ، قاله
الامام ونقله الراغبي عنه في باب الكتابة ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كان المبيع دابة فساقها ليردها فركبها في الطريق ، أو علفها أو سقاها لم يسقط حقه من الرد ، لأنه لم يرض بالعيب ، ولم يوجد منه أكثر من الركوب والعلف والسقى ، وذلك حق له إلى أن يرد فلم يمنع الرد) •

(الشرح) الانتفاع بالمبيع قبل العلم بالعيب ان لازم منه تأخير أو دفع في زمن لو سكت فيه أبطل خياره فلا شك في بطلان الرد لما تقدم في اشتراط المبادرة فينبغي أن يستحضر أن جميع ما ذكره هنا المراد منه أن يكون مع المبادرة في مدة طلب الخصم والقاضي ، وحينئذ أقول : هذا الذي ذكره المصنف رحمه الله في الركوب والعلف والسقى نقل الشيخ أبو حامد والمحاملى في التجريد أن ابن سريج فرعه في جملة مسائل في الرد بالعيب على الجامع الصغير لمحمد ابن الحسن وذكره هكذا كما ذكره المصنف رحمه الله حكما وتعليلًا ، وقال : ان الذي يمنع من الرد أحد أمرين : حدوث نقص بالمبيع ، أو ترك الرد مع القدرة عليه ، ولم أر هذه المسألة في تعليق أبي الطيب ، وذلك مما قد يرجح أن المهذب من تعليق أبي حامد •

وممن وافق المصنف على هذا الحكم ابن الصباغ في الشامل ، والجرجاني في الشافى ، واختاره الرويانى في الحلية. وقال ابن الصباغ : قال أصحابنا : كذلك إذا حلبها في طريقه لأن اللبن له ، فإذا استوفاه في حال الرد جاز كمنافعها ، وهذا تصريح بجواز استيفاء المنافع في حال الرد بالنقل عن الأصحاب ، وممن وافق على نقل ذلك من الأصحاب الرويانى في البحر ، ونقل عن والده أنه قال على قياس هذا : لو كانت ثيابا فوطئها وهو حامل لها ينبغى أن لا يبطل حق الرد ، ومراده بأنه حامل لها حتى لا يحصل بالوطء تأخير ، فلو فرض ذلك في وقت لا يمكن المسير فيه كالليل ، فالظاهر أنه يضطر وذلك فيه ولذلك أطلق الرافعى الحكاية عنه أنه يجوز وطء الثيب ، وصرح الجرجاني مع موافقته المصنف بأنه لا يجوز وطء الجارية ، ولا لبس الثوب ، وهذا هو الصحيح لأن ذلك يدل على الرضا •

وأفهم كلام صاحب الشامل أن المبطل للرد الاشتغال بما يدل على

الرضا ، وهذا الذى قاله المصنف وابن الصباغ والرويانى . وما اقتضاه كلامهم من جواز كل الانتفاعات نقل الرافعى عن الرويانى خاصة . وذهب هو وخير من الأصحاب الذين وقفت على كلامهم الى خلافه ، وما انا أذكر ما ذكروه (فاقول) الذى قاله ابن القاص فى التلخيص والمفتاح والماوردى والفورانى والقاضى حسين والمتولى والامام والغزالى والبعوى وابو الحسن بن خيران فى اللطيف والخوارزمى فى الكافى والرافعى والنووى أنه يشترط فى الرد بالعيب المبادرة اليه أن لا يستعمل المبيع بعد علمه بعيبه ، فان استعمله وكان رقيقاً واستخدمه ، او دارا فسحبها بطل حقه من الرد والأرض معا ، لأن الاستعمال يتنافى الرد .

واختلفوا فيما اذا كان يسيرا جرت العادة بمثله فى غير ملكه ، كقوله : اسقنى أو ناولنى الثوب أو أغلق الباب ، ففى هذا وما جرى مجراه وجه جزم به الماوردى والرويانى فى البحر أنه لا أثر له ، ونقله الرافعى عن غير الماوردى أيضا ، والذى قاله القاضى حسين والامام وقاله الرافعى : ان الأشهر أنه لا فرق ، وتابعه النووى فى الروضة وقال : انه الأصح الأشهر .

ونقل عن القفال فى شرح التلخيص أنه لو جاءه العبد بكوز ماء فأخذ الكوز منه لم يضر ، لأن وضع الكوز فى يده كوضعه على الأرض ، فان شرب ورد الكوز اليه فهو استعمال ، أما اذا كانت دابة فركبها فان ركبها لا للرد بطل حقه وان ركبها للرد أو السقى — فان كانت جموحا يعسر سوقها وقودها — فهو معذور فى الركوب ، وان لم تكن جموحا ، ولكنه ركبها فى الطريق وهى مسألة الكتاب ففيه وجهان (أحدهما) على ما ذكره الزاغى والنووى البطلان ، لأنه انتفاع لم تجر العادة به فى غير ملكه الا باذن المالك .

(والثانى) وهو ما قطع به فى الكتاب ، ونسبه الماوردى الى ابن سريج ، وصححه ابن أبى عسرون ، واختاره الرويانى فى الحلية : لا يسقط حقه ، ويستدل له الماوردى وغيره بأن الركوب عجل له فى الرد وأصلح للدابة من القود . قال ولكن : لو كان ثوبا فلبسه ليرده لم يجز ، وكان هذا اللبس مانعا من الرد ، لأن العادة لم تجر به ، ولأن لا مصلحة للثوب فى لبسه ، وجعل الرافعى هذه المسألة دليلا على الأصح عنده فى مسألة الركوب ، ولكن ما ذكره الماوردى من

اعتبار العادة والمصلحة فارق ، ولو كان لابسا للثوب فاطلع على عيبه في الطريق فتوجه ليرده لم ينزع فهو معذور ، لأن نزع الثوب في الطريق لا يعتاد ، قاله المساوردي ونقله الرافعي عنه .

ولو ركب الدابة للانتفاع فاطلع على عيبها لم يجز استدانة الركوب ، وإن توجه للرد على ما هو الأصح عند الرافعي ، ولو كان حمل عليها سرجا أو اكافا ثم اطلع على العيب فتركهما عليها بطل حقه ، لأنه استعمال وانتفاع . قاله الرافعي تبعا لصاحب التلخيص . قال الرافعي : ولولا ذلك لاحتاج الى حمل أو تحميل ، أي فتركهما يوفر عليه كلفة الحمل والتحمل فهي انتفاع فيمنع منه .

قال ابن الرفعة : ويشبهه أن يكون هذا إذا لم يحصل بنزعه ضرر بالدابة ، فإذا حصل أو خيف منه كما إذا كانت عرقت وخيف من نزعه أن تهوى فلا يكون نزعه في هذه الحالة تقصيرا ، إذ هو يعييبها فيكون مانعا من الرد .

(قلت :) وهو كذلك ، بل يجف بنفسه في هذه الحالة كالنعل الى أن يجف العرق ويكون نزعه من مصلحتها . قال الرافعي : ويعذر بترك العذار واللجام لأنهما خفيفان لا يعد تعليقهما على الدابة انتفاعا ، ولأن القعود يعسر دونهما ، وهذا المعنى يقتضي جواز تعليقهما ابتداء في مدة طلب الخصم وهو كذلك ولو أنعلها في الطريق قال أبو حامد : إن كانت تمشي بلا نعل بطل حقه والا فلا ، ولو كان أنعلها ثم اطلع على عيب فنزعه بطل خياره . قاله صاحب التلخيص تخريجا وعلله البغوي . لأن نزعه يعيب الدابة بالنقب الذي يبقى . قال : فإن كانت النقبة موجودة عند البائع فأنعلها المشتري فالتزاع لا يبطل حقه من الرد . فتلخص من هذا أن اللجام والعذار والرسن يجوز تركه ونزعه . والنعل لا يجوز نزعه الا في الصورة التي استثنانا البغوي فكاللجام يجوز تركه ونزعه والاكاف لا يجوز تركه ، فهذا ما ذكره هؤلاء الأئمة رضي الله عنهم .

ونقل صاحب التتمة عن أبي حنيفة جواز الاستخدام ورد عليه . ونقل القاضي حسين وغيره أن الشافعي رحمه الله نص على أنه لو كانت دابة فركبها بطل حق الفسخ ، وقال أبو العباس : إنما أراد به

إذا ركبها استعملاً ، فإذا ركبها ليسقيها ويردها على المالك أو كانت جموحاً لا تسير بنفسها لم يبطل حقه من الفسخ . وإن كانت ذلولاً لا تحتاج في سيرها إلى الركوب بطل حقه من الفسخ ، كما لو قصد به الانتفاع بركوبها . وهذا النقل عن الشافعي بإطلاقه ، وعن ابن سريج بتفصيله مخالف ما ذكر المصنف رحمه الله من جواز الركوب مخالف لما نقله الماوردي عن ابن سريج فيما تقدم .

قال ابن الرقعة : ولعل عنه وجهين ، أو أن هذا من تأويله للنص ، فيكون مذهبا للشافعي رحمه الله عنده ، ذاك من تخريجه فيما ذكره المصنف حيثئذ ، وجزم مخالف لما قاله هؤلاء الأئمة ، ومخالف لما نسبوه إلى نص الشافعي ، ولولا هذا النص الذي نقلوه لكنت أرجح ما ذكره المصنف لموافقة ابن الصباغ والجرجاني لاسيما نقل ابن الصباغ عن الأصحاب واستدلوا له بأنها لو ولدت في هذه الحالة كان الولد للمشتري لبقاء ملكه ، ولعل طريقة العراقيين كما قاله المصنف ، فإن القائلين بخلافه أكثرهم من الخراسانيين ، وأصلهم القاضي حسين والفوراني ، ولم أر من وافقهم من غيرهم إلا صاحب التلخيص فيه ، وفي المفتاح وابن خيران الأخير . على أن أبا الخير بن جماعة المقدسي شارح المفتاح ذكر فيه أن ركوب الدابة في الطريق لا يبطل حقه كما ذكره المصنف .

وبالجملة فالمعول عليه في ذلك كما قاله الامام والغزالي العرف . فنبغى أن لا يحكم على شيء من الاستعمالات بقطع الخيار إلا إذا دل دلالة ظاهرة على الرضا ، كالوطء ولبس الثوب والقرض على البيع وشبهه ، أما ما لا يدل عليه أو يتردد فيه فنبغى أن تستلزم معه أصل الخيار ، ولا نحكم بالرضا بغير ما يدل عليه ، فإن خيار الرد ثبت قطعا ، والمبادرة حصلت ، والذي قارنها من الاستعمالات لا يدل على الرضا ، لأن فرض المسألة كذلك فالحكم بالرضا إذ ذاك يكون حكما بغير دليل وهذا كله إذا قلنا لا يجب التلفظ بالفسخ حالة الاطلاع على العيب ، أما إذا أوجبناه لا تأتي المسألة لأنه ان تلفظ به لم يجز الاستعمال بعد ذلك بخروجه عن ملكه ، وإن لم يتلفظ به بطل الرد بالتأخير .

ولما كان القاضي حسين يرى وجوب المبادرة إلى التلفظ بالفسخ

لا جرم هو من القائلين بأن الاستعمال والاستخدام يبطل الرد ، والمبطل عنده في الحقيقة هو التأخير ، لا خصوص الاستعمال ، فيجب التنبيه لذلك ، فان القاضي حسين رأس الخراسانيين ، وقال ذلك على رأيه ، والصحيح خلافه ، وأن التلفظ بالفسخ غير واجب والملك للمشتري باق في زمن الرد ، فلا وجه لمنعه من تصرف لا يدل على الرضا . وهذا كله في مسألة الركوب ونحوها والقائلون بأن الركوب مبطل يقولون : انه لو كان راكبا فاطلع على العيب ينزل على الفور ، فلو استدام بطل حقه لأن استدامة الركوب ركوب . أما العلف والسقى فلا يضر . هكذا جزموا به ولا أظنه يجيء فيه خلاف ، لأن ذلك مصلحة خالصة للذابة ، لكن تعليل المصنف بأن ذلك حق له الى أن يردها يقتضى التفرقة بين ذلك وبين الركوب .

(وأما) مسألة الحلب لمكذلك جزموا بها ، ونسبها بعض المصنفين الى بعض الأصحاب وينبغي التفصيل ، فان كان ترك الحلب يضر بها لكثرة اللبن في ضرعها فلا يجيء فيه خلاف كالعلف والسقى ، فان لم يكن كذلك فهو كالركوب للانتفاع ، فعلى ما ذكره المصنف ومن وافقه يجوز ، وعلى ما صححه الرافعي والجمهور يمتنع ، ونسب الروياني في البحر جواز الحلب الى أصحابنا ، وقيده بأن تكون سائرة فلو وقفها للحلب بطل الرد .

(فرع) اذا كان في رد المبيع مؤنة فالمؤنة على المشتري ، قاله صاحب التتمة وغيره . قال : لأن البيع مضمون في يده ، والمال اذا كان مضمون العين كان مضمون الرد (قلت) وهذا ظاهر اذا لم يتلفظ بالفسخ . أما اذا تلفظ به حيث أمرناه ، اما اذا قدر على الشهود على الصحيح واما وحده على رأى القاضي حسين وبالفسخ خرج عن ملكه ، وقد صرح الرافعي بأن مؤنة الرد بعد الفسخ على المشتري . وصرح هو والمتولى بأنه لو هلك في يده ضمنه . وقد يقال : ينبغي أن يكون حكمه حكم الأمانات الشرعية والعين المستأجرة بعد انقضاء المدة ، فيجب عليه الرد ، لكن ليست العين مضمونة عليه . وحكم المؤنة في زمن الرد حكمها في العين المستأجرة بعد انقضاء المدة ، لكن الجواب عن هذا أن أصل هذه اليد الضمان . فيستصحب حكمها كالعارية المؤقتة اذا

انقضت بخلاف العين المستأجرة ، فانها كانت أمانة ، وقد ذكر القاضى حسين فى فتاويه جملة من هذه المسائل .

(منها) اذا فسخ البيع بالعيب أو بخيار الشرط أو الاغلاس ، فمؤنة الرد على المشتري ومؤنة رد المرهون على الراهن ، والقيم اذا ظهرت خيافته أو عزل والمال فى يده فمؤنة الرد اذا صار مضمونا على القيم ، واذا أراد الرد بعد بلوغ الصبي فعلى الصبي ويرد مسلم الموصى الى الموصى له على الموصى له ومؤنة رد العين المستأجرة بعد المدة على المالك يعنى على خلاف فيه ، فالصداق الى الزوج اذا طلق قبل الدخول أو ارتدت أو فسخ النكاح على الزوج ، لأنه امانة فى يدها ، هكذا قال القاضى ، وهو طريق المراوزة وطريق العراقيين ، وهى الأصح أنه مضمون عليها .

ومنها أيضا مسألة ابتدأ بها القاضى هذه المسائل . وهى اذا سلم العبد الجانى ، واحتيج الى بيع رقبتة فى أرش جنائته ، فمؤنة البيع من أجرة الدلال وغيره على من أجاب ، يحاص من ثمن العبد الجانى للمجنى عليه قدر أرش الجناية (قلت) فلو كانت الجناية تستغرق ثمن العبد فلم يتعرض القاضى لها ، وقد رأيت فى شرح المذهب لأبى اسحاق العراقى فيما اذا كسر ما لا يوقف على عيبه الا بكسره قال : اذا احتاج فى رده الى مؤنة .

(فان قلنا) ليس للمشتري الرد ويرجع بالأرش كانت مؤنة رده عليه لأنه ملكه (وان قلنا) له الرد كانت مؤنته على البائع لأنه عاد الى ملكه . وهذا كلام عجب ، ولا أدرى من أين له ؟ والصواب ما تقدم .

(فرع) اشترى عبدا فوجد به عيبا ففصده وقال : ظننت أنى لو فصدته أو حجمته زال عنه ذلك العيب ففصده فلم يزل ، قال القاضى حسين فى الفتاوى : يبطل حقه من الرد لأن فصدته رضا منه بالعيب ، فان أراد التخلص من ظلامته يفسخ أولا ثم يفصد ، فان هلك فهو من ضمان المشتري بالقيمة .

(قلت) وفى جواز فصدته بعد الفسخ — وهو ليس بملكه — اشكال ، قال جامع الفتاوى : انه على هذا عندى اذا فسخ بين يدي البائع ، او فسخ واشتغل بطله (أما) اذا فسخ فى غيبته والتوانى فى رده بطل

حقه • قال : وهو مشكل • قلت : الاشكال الذي ذكرته في جواز الفسخ
باق • وزاد في هذا الكلام اشكالا آخر وهو أنه بعد الفسخ يبطل
حقه بالتواني • والظاهر أنه بعد الفسخ ينتقل الملك عنه ولا يبقى الا
المنازعة • فان صدقته البائع أو كانت بينه فلا يضره التواني • وانما
تعتبر المبادرة عند من يرى التلفظ بالفسخ على الفور لأجل انكار المشتري
فليتأمل كل من الكلامين فانه مشكل ، والله اعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وله أن يرد بغير رضا البائع ، ومن غير حضوره ، لأنه رفع
عقد جعل اليه فلا يعتبر فيه رضا صاحبه ولا حضوره
كالطلاق) •

(الشرح) الكلام المتقدم فيما يحصل به المبادرة ، وأما الفسخ
فانه يجوز للمشتري ولو في حضور البائع ، وفي غيبته مع رضاه ، ومع
عدمه ، ولا يفتقر اليه ولا الى الحاكم ، وسواء أكان قبل القبض فيجوز
أن يفسخه بحضرة البائع ، ولا يجوز في غيبته ، وان كان بعد القبض
فلا يجوز الا بحضوره ورضاه أو بحكم الحاكم ، وهكذا قال أبو حنيفة
في خيار الشرط : انه لا يجوز لأحدهما الفسخ الا بحضرة صاحبه ،
لكنه لم يشترط هناك رضاه ، فالمسائل ثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله ،
خيار الشرط يشترط فيه الحضور لا الرضا ، والرد بالغيب مثل القبض ،
كذلك يشترط فيه الحضور لا الرضا ، وبعد القبض يشترط فيه الرضا
أو حكم الحاكم •

ودليلنا في خيار الشرط اطلاق حديث حبان بن منقذ ، وفي خيار
الغيب قبل القبض ، قال القاضي أبو الطيب : النكته فيها أن من لا يعتبر
رضاه في رفع العقد لا يعتبر حضوره كالمرأة في الطلاق ، وأما بعد
القبض فلائنه رد مستحق بالغيب فلا يعتبر فيه رضا البائع كما قبل
القبض ، وقول المصنف رحمه الله : لا يعتبر فيه رضا صاحبه اشارة
الى ما بعد القبض •

(وقوله) ولا حضوره اشارة الى ما قبل القبض تنبيها على محل
الخلاف في الموضعين ، وقد قابل في النكت لفظ الرفع بالقطع ، وهو

أحسن من جهة أن الطلاق قاطع لا رافع ، وما ذكره هنا أحسن من جهة أن الخصم لا يسلم إليه أن الرد قطع ، بل هو رفع لاسيما على قوله وقول عندنا أنه يرفع للعقد من أصله ، وقاس في النكت على الموصى له أيضا . (وقوله) جعل اليه احترازا من الاقالة فانها اليهما لا ينفرد بها أحدهما ، ولا يرد اللعان حيث يعتبر فيه حضور المرأة رضا للقاضي مع أن الفرقة تترتب على لعان الزوج وحده ، وهي فرقة فسخ عندنا ، لأن الفرقة حكم شرعي رتبته الشرع على لعانه بغير اختياره ، فلا يندرج في قوله رفع ، لأن الرفع الشرع لا هو ، وفي الرد بالعيب هو الفسخ باختياره وقصده الرفع ، واستدل أصحابنا أيضا بالقياس على الرجعة والوديعة فانها تنفسخ في غيبة المودع حتى إذا علم به وجب عليه الرد ، وإن كان لا يضمن حتى يتمكن ويجب عليه طلب صاحبها ليسلمها اليه أو الحاكم ، فإن لم يفعل وهلك في يده ضمنها .

(واعلم) أن قول المصنف : جعل اليه ظاهر فيما قبل القبض ، لأن أبا حنيفة رضي الله عنه لا يشترط فيه رضا البائع (وأما) بعد القبض فقد يقال : انه باشتراط رضاه يمنع أن الرفع حينئذ جعل للمشتري ليوقفه على رضا البائع مندفع عن المصنف ، لانه يعنى بقوله : جعل اليه أنه صادر منه وحده ، بخلاف الاقالة الصادرة منهما ، ومع ذلك يصح الاحتراز ، وإن اشترط الخصم فيه شرطا آخر واستدل الحنفية بأنه رفع عقد بعيب فلا ينفرد به كالرد بالعنة ، وأجاب أصحابنا بأن ذلك يفتقر الى اقرار الزوج وبالعجز ، وإلى حكم الحاكم لأنه يختلف فيه بخلاف هذا ، ووافقنا أبو حنيفة فيما إذا كان خيار الشرط لأحدهما على جواز انفراده بالفسخ ، وإنما خالف فيما إذا كان الخيار لهما هكذا نقله القاضي حسين ، وعلى هذا يلزمه ، فإن الرد بالعيب ثابت لأحدهما ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فإن اشترى ثوبا بجمارية فوجد بالثوب عيبا فوطئ الجارية ففيه وجهان (أحدهما) أنه ينفسخ البيع كما ينفسخ البيع في مدة خيار الشرط بالوطء .
(والثاني) لا ينفسخ ، لأن الملك قد استقر للمشتري ، فلا يجوز فسخه الا بالقول) .

(الشرح) هذه المسألة ذكرها القاضي أبو الطيب في باب خيار المتبايعين ، وبني الوجهين فيها على الوجيز في مسألة ذكرها هو والشيخ أبو حامد ، وهي ما إذا اشترى جارية بثمن ثم أفلس ، وثبت للبائع حق الفسخ فيها فوطئها ، هل يكون فسخا ؟ فيه وجهان •

(أحدهما) نعم كالوطء في زمان الخيار ، فانه اذا صدر من البائع والخيار له أولهما كان فسخا على الصحيح المنصوص ، الذي قاله المحاملي في التجريد أنه لا خلاف فيه • وقال القاضي أبو الطيب : على جميع الأقاويل والجامع بينهما أنه رد للملك ، وفسخ للبيع ، والملك يحصل بالقول والفعل ولا فرق في الوطاء في زمان الخيار بين خيار المجلس وخيار الشرط ، وانما قيد المصنف بخيار الشرط لأنه في مدة خيار المجلس •

قد يقال : ان تحريم العقد باق ، والعقد أضعف ، وذلك أيعين رأس المال ؟ والغرض في الصرف في خيار المجلس كالمعين في العقد ولأجله ؟ قال بعض الأصحاب ان الحط والزيادة يلحقان في المجلس دون خيار الشرط ، وان كان الأصح اللحق فيهما فاذا كان الانفساخ بالوطء في خيار الشرط ففي المجلس أولى فلذلك خصه المصنف بالذكر لأنه أقرب الى خيار الرد الطارئ بعد تحريم العقد لكن لك أن تقول : ان هذا القياس انما يتم عند القائلين بأن الملك في زمان الخيار للمشتري ، وهو الصحيح عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب والإمام أما اذا قلنا بأن الخيار للبائع أو موقوف ، فيظهر الفرق بينه وبين البيع المعيب فانه ملك المشتري •

(والوجه الثاني) لا يفسخ بالوطء والفرق بينه وبين البيع في زمان الخيار — حيث نقول يفسخ بالوطء وان انتقل للمشتري — أن الملك في زمان الخيار ضعيف والملك في المعيب قد استقر بدليل أنه يجوز له التصرف فيه فكان أقوى من الملك في زمان الخيار ، فلذلك يشترط فيه القول ، وهذا معنى ما ذكره المصنف وههنا أمور :

(أحدها) أن هذا انما يحتاج اليه اذا قلنا بالملك في زمن الخيار للمشتري ، وقد تقدم التنبيه على ذلك •

(الثاني) ما الأصح من هذين الوجهين ؟ فاعلم أن الشافعي رحمه الله

القائل بأن الأئمة أن من كان الخيار له فالملك له ، وإن كان لهما فموقوف يقتضى أن نقول هنا بأن الأصح الوجه الثانى عدم الانفساخ ، لأن القياس على زمان الخيار إذا كان الخيار لهما أو للبائع لا يحسن لأن الملك عنده لم يحكم بزواله ، فلم يشبهه المعيب . وإذا كان الخيار للمشتري لا يمكن القول بأن وطء البائع فسخ ، فإنه إذا لم يملك الفسخ بالقول فعدم ملكه بالفعل أولى ، فعلى مقتضى كلام الرافعى ينبغى أن يكون الأصح هنا عدم الانفساخ وعلى ما صححه الشيخ أبو حامد وموافقه من انتقال الملك بنفس العقد فقد ظهر الفرق بما ذكره المصنف رحمه الله ، فليكن الأصح أيضا عدم الانفساخ .

(الثالث) قول المصنف الملك قد استقر للمشتري ، والمشتري فى كلامه مشتري الثوب ، فيكون المعنى أن ملك الثوب قد استقر له ، فلا يجوز فسخه بوطء الجارية التى هى ثمن عنه ، وكذلك يقتضيه كلام القاضي أبى الطيب ، لكنه قال فى مسألة الفليس التى بنى عليها لأن ملك المشتري قد استقر على الجارية ، وهذا يناسب أن يقول هنا : لأن البائع استقر على الجارية ، لأن الراجع فى الفليس هو البائع والراجع فى العيب هو المشتري ، ولا شك أن تملك كل من البائع والمشتري مستقر وكل من المأخذين صحيح . ويظهر أن يقال أن مشتري الثوب إذا اطاع على عيبه فحقه فى رده وفسخ البيع فيه ، ويترتب على ذلك انفساخه فى مقابله ، فالذى يرد عليه الفسخ هو الثوب لا الجارية ، وكان التعليل باستقرار الملك فيه أولى ، وبذلك يظهر اغتراق هذه مع البيع فى زمان الخيار ، وفى هذا المأخذ أيضا ، لأن الفسخ هناك وارد على الجارية الموطوءة بغير واسطة ، وههنا بواسطة رد الثوب .

(الرابع) أن الوطء حرام على المذهب (وإن قلنا) يحصل به الفسخ .

(الخامس) قال أبو على الفارقى فى هذا : أنا قصدنا بالوطء الفسخ ولا يجب عليه المهر ، لأنه وطئ فى ملكه ، فإن لم يقصد به الفسخ لم يكن فسخا ، قولاً واحداً ، ويجب المهر ولا حد عليه ، ونظير ذلك وطء الوالد الجارية المرهونة ، وإن وطئها بقصد الاسترجاع فعلى الوجهين ، وإن لم يقصد كان الوطء محرماً ويلزمه المهر ولا حد للشبهة .

(السادس) في جملة من نظائر هذه المسألة مما يجعل الفعل فيه كالقول في مسألة الجارية المرهونة ، وقد تقدمت ، ومنها التقليد والاشعار هل يجعل كقوله جعلته هديا ؟ فيه خلاف ، ومنها لو لبذ المحرم رأسه وعقصه ، وهذا لا يفعله الا العازم على الحلق ، فهل ينتزل الحلق ؟ على قولين (الجديد) لا ، وأما المعاطاة ونحوهما فذلك لقريئة ، لا للفعل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان زال العيب قبل الرد ففيه وجهان ، بناء على القولين في الأمة اذا اعتقت تحت عبد ، ثم أعتق العبد قبل أن تختار الأمة الفسخ (أحدهما) يسقط الخيار ، لأن الخيار ثبت لدفع الضرر . وقد زال الضرر (والثاني) لا يسقط ، لأن الخيار ثبت بوجود العيب . فلا يسقط من غير رضاه) .

(الشرح) الوجهان مشهوران حكاهما جماعة من الأصحاب . والرافعي حكاهما أيضا في باب التصرية كما تقدم عند استمرار لبن المصرة على كثرتة ، ولكنه في هذا المكان جزم بسقوط الخيار تبعاً لصاحب التهذيب ، وقال : انه مهما زال العيب قبل العلم أو بعده وقبل الرد سقط حقه من الرد ، وهما طريقتان في المذهب حكاهما القاضي حسين .

(احدهما) حكاية الوجهين بناء على القولين (والثانية) القطع بسقوط الخيار قال : وهذا [هو] المذهب . والفرق بينه وبين خيار العتق على أحد القولين ، ان خيار العتق لا يبطل بالتأخير على قول ، فلم يبطل بارتفاع السبب المثبت له ، بخلاف خيار العيب ، فلما اختلف الخياران في الأصل اختلفا في الصفة والبقاء بعد ارتفاع السبب . وقال ابن الرقعة : ان هذا الفرق لا غناء فيه والأمر كما قال . وبالجملية الصحيح السقوط وكذلك هو الصحيح من القولين في الأمة . ويحتمل أن يقال بعدم السقوط هنا وان قيل في الأمة : لأن خيارها مقيد بما ينالها من الضرر بالاقامة يجب الفرق وقد زالت العلة وخيار المشتري معلل بغير البائع له ، وأنه بذل ذلك الثمن في مقابلة ما ظنه سليما وأخلف ، وزال العيب في يد المشتري [وهي] معه حاصلة له ولكن لم أر من قال بهذه الطريقة . والامام في كتاب النكاح ضعف الوجه في المسألتين جدا ، وصحح السقوط في المسألتين . وقال : ان الخلاف فيهما

يبتنى على قاعدة ذكرها في الشفعة أن الشفيع إذا لم يشعر بها حتى باع ملكه الذي استحق الشفعة به وانما ذكر الامام هذا لأنه حكى الخلاف في الشفعة قولين ، والأكثر أن يحكمها وجهين ، فالوجه أن تكون مسألة العيب ومسألة الشفعة كلتاهما مبنيين على مسألة الأمة .

والأصح في المسائل الثلاث السقوط . ومسألة الشفعة وخيار الأمة من واد واحد ، وبينهما وبين مسألة العيب ما ذكرته في الاحتمال المتقدم الذي لم يذكره أحد من الأصحاب فيما علمت ، وإن كان المعنى الملاحظ فيه موجودا في كلامهم ، وأكثر المصنفين يحكون الخلاف في مسألة الكتاب وجهين إلا صاحب البحر فإنه قال : لو زال العيب سقط الرد ، وقيل : فيه قولان منصوصان . وكلام المصنف باطلاته يقتضى أنه لا فرق بين أن يكون زوال العيب قبل العلم به أو بعد العلم به وقبل الرد بأن يكون في مدة طلب الخصم والقاضى ، والأمر كذلك بلا نزاع ، وبه صرح الأصحاب ، ويقتضى أنه لا فرق بين أن يكون قبل القبض أو بعده . وقد يقال : الزائد قبل القبض أولى بالسقوط من الزائد بعده ، وكلام أبى سعيد الهروى في الاشراف جازم بأنه لا يرد ، لكنه أطلق فيما يوجد في يد البائع ، ولم ينص على أنه بعد البيع وقد صرح الامام بجريان الخلاف فيه ، فبقى كلام المصنف رحمه الله على اطلاقه . ذكر الامام ذلك في كتاب التفليس .

(فرع) اشترى جارية سميئة فهزلت قبل القبض ، ثم سمتت فردها ، هل للمشتري الفسخ ؟ فيه وجهان بناء على ما لو غصب شاة سميئة فهزلت ثم ردها ، هل يجب ضمان الثمن الأول أو يتخير بالثانى ؟ (ان قلنا) يتخير ولا يفسخ والا فله الفسخ ، قاله صاحب التهذيب وذلك بناء منه على الطريقة القاطعة بأن زوال العيب يمنع من الرد . أما على الوجه من الطريقة الأخرى فإنه يفسخ ، ولو قلنا : يتخير فيكون الترتيب هكذا (ان قلنا) لا ينجبر الثمن الأول بالثانى فسخ ، والا فوجهان (أحصهما) لا .

(فرع) لو زال العيب القديم قبل العلم به ، ولكن حدث عيب مانع من الرد فعلى الأصح لا أرش ، وعلى الوجه الآخر ينبغى أن يثبت له الأرش عن العيب القديم ، واليه صار ابن الرفعة ، وجزم الرافعى

بعدم الأرض • وذلك مستمر على جزمه في هذا الباب بسقوط الخيار •
أما على طريقة الوجهين فيتعين جريانها هنا وسيأتى ان شاء الله
الكلام في زوال العيب بعد أخذ أرضه في آخر الفصل الثانى لهذا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان قال البائع : أنا أزيل العيب مثل أن يبيع أرضا
فيها حجارة مدفونة ، يضر تركها بالأرض ، فقال البائع : أنا
أقلع ذلك في مدة لا أجرة لئلا يسقط حق المشتري من الرد ،
لأن ضرر العيب يزول من غير اضرار) •

(الشرح) صورة المسألة أن يضر تركها ، ولا يضر قلعها ، وقد
تقدم الكلام فيها في باب بيع الأصول والثمار ، وظاهر كلام المصنف
هنا أن الخيار ثبت ، ويسقط بقول البائع ذلك ، والذي تقدم هناك
وذكره الرافعى وغيره أنه يؤمر البائع بالقلع والنقل ولا خيار للمشتري ،
والصواب ما قاله المصنف رحمه الله هنا وأنه يثبت الخيار ثم يسقط •
وكلامهم هنا محمول على هذا ، ألا ترى أن الرافعى وغيره قاسوا ذلك
على ما لو اشترى دارا يلحق بسقفها خلل يسير يمكن تداركه في الحال ،
أو كانت منسدة بالوعدة فقال البائع : أنا أصلحه وأبيعها لا خيار
للمشتري فهذا الكلام ناطق بأن عدم الخيار مرتب على قول البائع ،
ويظهر أثر هذا فيما لو بادر المشتري وفسخ قبل أن يقول البائع ذلك ،
فعلى ما قلته ينفذ فسخه ولا عبرة بقول البائع بعد ذلك ، وإطلاق
المصنف والرافعى وغيرهما أيضا السقوط بقول البائع : أنا أقلع • ينبغي
أن يكون محمولا على ما اذا قلع • أما اذا اقتصر على القول فسقوط
الخيار به غير متجه لبقاء العيب •

والعبارة المحزنة ما ذكره في كتاب الاجارة ويقتضيه كلام الامام
هنا أيضا أن الخيار ثابت الا اذا بادر المكنى الى الاصلاح • هذا اذا
كان اشتغال الأرض على الحجارة المذكورة منقضا لها ، وهو ما يقتضيه
ذكرهم لذلك في العيوب ، فان فرض أن الحجارة المذكورة لقرب زمان
نقلها لا يعد اشتغال الأرض عليها صح اطلاقه أنه لا خيار ويلزم
البائع بنقلها ، ولكن ذلك خلاف المفروض وأيضا لا يبقى حينئذ بقول
البائع : أنا أقلع أثر ، لأنه يلزم به ولا خيار للمشتري قبله ولا بعده •

فالصواب ما يوافق عباراتهم في الاجارة ، فان الخيار ثابت الا اذا
بادر البائع الى القلع في مدة لا أجرة لمثلها . وحينئذ تكون العلة أن
ضرر العيب زال .

وأما تعليل المصنف بأنه يزول فيناسب عدم ثبوت الخيار أصلا ،
وهو لم يقل به ، ولا ينحى عن ذلك الا أن يقال : ان بقاء الأحجار مع
امتناع البائع من قلعها عيب ، وبدون امتناعه ليس بعيب وهو بعيد ،
اذ يقال : ان اشغال الأرض بالحجارة مانع من كمال صفة القبض فيها كما
تقدم . وذلك عن بعض الأصحاب ، فامتناع الحجارة مع امتناع
البائع من قلعها كالعيب الحادث قبل القبض . ولم يذهب أحد هناعا
الى ثبوت الخيار مع مبادرة البائع الى القلع أخذا من أن وجود الأحجار
في الأرض عيب ، وزوالها بقول البائع أو بفعله كزوال العيب قبل
الرد ، وفيه وجه كما تقدم . وكأن الفرق ضعف الخيار ههنا ، لكون
البائع مسلطا على اسقاطه ، أو لأنه زال قبل كمال القبض ، وليس
كالعيب الزائل بعد القبض ، أو لأن هذا الزوال بفعل البائع ففيه
استدراك للظلامة ، بخلاف الزوال بنفسه .

وبعد أن كتبت ذلك رأيت ابن معن أورده على المصنف رحمه الله
وزعم أنه تناقض بين ما ذكره هنا وفي الاجارة من سقوط الخيار ،
وبين ما تقدم من حكايته الوجهين في زوال العيب قبل الرد ، وادعى
الأولوية في طرد الوجهين هنا ، وكذلك ابن الردي (١) قال : أرى
أن تكون المسألة الثانية كالمسألة الأولى على وجهين ، بل أولى لأنه
إذا كان بعد رد العيب وجهان ، فمع بقائه أولى . وما ذكرته جواب
عنه ، وليس المصنف مختصا بذلك .

وقوله : لا أجرة لمثلها ، قيد لابد منه ليتحقق عدم الاضرار ،
ولو كانت الحجارة يضر قلعها ، أو قلعها وتركها ، فقد تقدم الكلام في ذلك
فيما لا يضر في باب بيع الأصول والثمار .

وقوله : مدفونة ، يحترز عن المخلوقة . وقد تقدم حكمها . ومن
الواضحات أن فرض المسألة في حالة جهل المشتري بالحجارة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان قال البائع : أمسك المبيع وأنا أعطيك أرض العيب لم يجبر المشتري على قبوله ، لأنه لم يرض الا بمبيع سليم بجميع الثمن ، فلم يجبر على امساك معيب ببعض الثمن . وان قال المشتري : أعطنى الأرض لأمسك المبيع لم يجبر البائع على دفع الأرض ، لأنه لم يبذل المبيع الا بجميع الثمن ، فلم يجبر على تسليمه ببعض الثمن) .

(الشرح) المسألتان واضحتان ، والأصل أن كل من وجب له شيء ليس له المطالبة بغيره ، ولا يجب عليه الانتقال الى غيره . وخرج عن هذا القصاص اذا عفا عنه يجب المال ، وان كان الواجب القود عينا . وعن أحمد أن للمشتري أخذ الأرض .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان تراضيا على دفع الأرض لاسقاط الخيار ففيه وجهان (احدهما) يجوز وهو قول أبى العباس ، لأن خيار الرد يجوز أن يسقطها الى المال ، وهو اذا حدث عند المشتري عيب فجاز اسقاطه الى المال بالتراضى ، كالخيار فى القصاص (والثانى) لا يجوز وهو المذهب ، لأنه خيار فسخ فلم يجر اسقاطه بمال كخيار الشرط وخيار الشفعة ، فان تراضيا على ذلك وقتلنا : انه لا يجوز فهل يسقط خياره ؟ فيه وجهان (احدهما) انه يسقط ، لأنه رضى بامساك العين مع العيب (والثانى) لا يسقط وهو المذهب ، لأنه رضى باسقاط الخيار بعوض ولم يسلم له العوض فبقى الخيار) .

(الشرح) الوجهان فى جواز التراضى على اسقاط الخيار الى بدل ، سواء كان ذلك البدل جزءاً من الثمن أم غيره ، اتفقت الطرق على حكايتها . والجواب منسوب الى أبى العباس ابن سريج وعنه أنه حكاه عن القديم ، وبه قال أبو حنيفة ومالك . والمنع قال القاضى حسين : أنه المنصوص ، وقال الامام : أنه ظاهر النص والمصنف فى قوله : أنه المذهب تابع للشيخ أبى حامد وقال القاضى أبو الطيب : أنه ظاهر المذهب ، والواردى وهو الذى صححه البغوى والرافعى

وغيرهما ونفيه نظر ، فانهم قاسوه على خيار الشرط والشفعة • والفرق بينه وبين خيار الشرط والشفعة أن ههنا يأخذ الأرض في مقابلة ما فات من المال ، ويسقط الى مال ، كما قال المصنف رحمه الله تعالى فهذان معنيان ليسا في خيار الشفعة والشرط ، والمعنى الأول أحسن •

وصورة المسألة اذا لم يكن مانع من الرد ، ولا تأخر مسقط ، اما بأن يجهلا غورية الخيار ، أو يكون في خيار المصراة على القول بامتداده ، أو أن التشاغل بالاتفاق على الأرض لا يعد اعراضا عن الرد • ونظر القاضى حسين وغيره هذه المسألة بحق الشفعة لا تصح المصالحة عنه على أصح الوجهين ، خلافا لأبى اسحاق المروزي ، وقد عرفت ما فيه •

قال القاضى حسين : وقال أبو اسحاق : ثلاث مسائل أخالف فيها أصحابى ، حد القذف ، وحق الشفعة ، ومقاعد الأسواق ، أجوز الصلح عنها ، ومنعها سائر الأصحاب لأنها ليست بمال وانما يصح الاعتياض عما هو مال ، فأما اذا كان حقا مجردا فلا • انتهى •

وقد عرفت أن جواز المصالحة هنا أولى من جوازها في المسائل الثلاث للفرق المذكور • ولذلك ابن سريج لم ينقل عنه موافقة أبى اسحاق اذا خالف في المسائل الثلاث يخالف في حق الرد بالعيب ، فانه لا فرق بينهما ، أو للرد بالعيب أولى كما قدم • واكتفوا بنسبة الخلاف هنا الى ابن سريج • وانما قلت : ان المصالحة هنا أولى بالصحة من المسائل الثلاث ، لما أشار اليه المصنف من أن خيار الرد يجوز أن يسقط الى المال في حال ، ولا كذلك الحقوق الثلاثة • ولأن الأرض مأخوذ في مقابلة حال نائب ولا جرم • قال القاضى أبو الطيب هنا : انه لا يصح المصالحة عن الشفعة قولاً واحداً • ولم يحك خلاف أبى اسحاق مع حكايته للخلاف هنا • وهو مقتضى كلام المصنف رحمه الله تعالى هنا ، فانه جعل الشفعة أصلاً مقيساً • وقول المصنف في تعليل الثانى خيار فسخ يحترز بالفسخ عن القصاص والوصف حاصل في الأصل ، وهو خيار الشرط والشفعة فان فيهما فسخ وابطال حق المشتري للتقص • لكن هذا القياس لا يكفى بدون الغاء الفرق المتقدم • والأصحاب يقولون : الأرض جزء من الثمن في مقابلة الجزء الثابت كما سيأتى ومقتضى ذلك

أن يجوز والمصالحة عنه كما قال ابن سريج ، فإنه ليس في مقابلة حق مجرد ولا سلطة الرد ولذلك اتفقوا على جوازه عند حدوث عيب جديد .

(التفريع) وهو مذكور في الكتاب (ان قلنا) بالصحيح ، وهو أنه لا يجوز فتراضيا على ذلك ، فإن كان المشتري عالما ببطان المصالحة بطل حقه قطعا ، وإن ظن صحتها ، وعليه يحمل كلام المصنف (فوجهان) حكاها الامام عن نقل العراقيين ، وتعليهما ما ذكره المصنف والمذهب عدم السقوط كما قال وممن صححه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والقاضي حسين والبعوى والرافعى ومن التفريع أيضا أنا (ان قلنا) بجواز المصالحة سقط الخيار ، ويثبت الأرش أو ما اتفقا عليه على البائع ، والا فلا ، فإن كان أخذه وجب عليه رده ، ولو صالح عن العيب على مال وجوزنا فزال العيب لا يجب رد المال لأنه أخذ على جهة المعاوضة ، قاله البعوى ، ولا فرق في جواز المصالحة بين أن يكون الثمن ذهبا فيصطلحان على ذهب أو فضة أو حالا أو مؤجلا ، قاله الجورى .

(فائدة) الأرش في اللغة أصله الهرش أبدلت الهاء همزة ، وأرش الجراحة ديتها ، وذلك لما يكون فيه من المنازعة ، وأرشت الحرب والنار إذا أرثتهما ، والنار من بين القوم الاقصاد بينهم ، وأما في الشرع فقال بعضهم : هو عبارة عن الشيء المقدر الذى يحصل به الجبر عن الفائت (وقال) الرافعى : هو جزء من الثمن نسبتبه اليه نسبة ما ينقص العيب من قيمة المبيع لو كان سليما الى تمام القيمة .

(فرع) لنا صورة يرضى المشتري فيها بالعيب ، ولا يكون له مانع من الرد اذا اطلع على ذلك في مرض موته ، ولا تنقطع مطالبة الورثة عن البائع على أحد الوجهين . وسنذكره عند الكلام في الأرش .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان أراد أن يرد بعضه لم يجز ، لأن على البائع ضررا في تبعض الصفقة عليه ، فلم يجز من غير رضاه ، وان اشترى عيدين فوجد بأحدهما عيبا فهل له أن يفرده بالرد ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يجوز ، لأنه تبعض صفقة على البائع فلم يجز

من غير رضاه (والثاني) يجوز ، لأن الميب اختص بأحدهما ، فجاز أن يفرده بالرد ، وإن ابتاع اثنان عبداً فأراد أحدهما أن يمسك حصته وأراد الآخر أن يرد حصته جاز لأن البائع فرق الملك في الإيجاب لهما فجاز أن يرد عليه أحدهما دون الآخر كما لو باع منهما في صفتين) •

(الشرح) هذه ثلاث مسائل ، الأولى إذا كان المبيع عيناً واحدة في صفقة واحدة ، فإن كانت باقية في ملك المشتري فليس له أن يرد بعضها بغير رضا البائع لمعنيين (أحدهما) تفريق الصفقة (والثاني) أن الشركة عيب ، فإذا رد النصف كان معيباً ولا يجوز رد العين إذا حدث فيها عيب ، والمنع في هذه الحالة لا يكاد يعرف فيه خلاف ، وصرح القاضي حسين أنه لا خلاف فيه •

قال الإمام : ورأيت لصاحب التقريب طرد القولين فيه وهو خطأ غير بعيد وهذا الخلاف نقله القاضي حسين عن صاحبه فيما إذا باع النصف ، ومع ذلك غلطه ، وإن كان قد باع بعض العين لغير البائع كذلك عند الجمهور •

وقال الماوردي : إن جوزنا تفريق الصفقة فله رد ما بقي واسترجاع حصته ، والتوقف حتى ينظر ما يؤول إليه حاله • وحكى ذلك عن نقل الشيخ أبى على ، وحكاه القاضي حسين عن صاحبه كما تقدم وغلطه ، ولم يطرد الماوردي هذا في حال بقاء الجميع في ملكه ، بل جزم بالمنع •

(فإن قلنا) بجواز الرد غذاك ، ويسترجع قسطه من الثمن بلا خلاف • قال الإمام : إذ لو قلنا : يسترجع الجميع وباقي المبيع في يده فكان مضياً إلى إثبات شيء من المبيع في يد المشتري من غير مقابل ، وأورد ابن الرفعة أنه لم لا يقال يبقى الباقي بجميع الثمن ولا يسترجع شيئاً ؟ ويكون المردود كالتالف قبل القبض ويكون فائدة الرد التخلص عن عهدة المبيع ، كما قاله القاضي حسين فيما إذا أبرأ من الثمن ، قلت : فالقاضي حسين وافق الإمام على ما قال ، وعلل بعدم الفائدة في الرد لو قلنا : يمسك الجميع ، والله أعلم •

(وإن قلنا) بالصحيح المشهور الذي جزم به المصنف أنه لا يجوز

له الرد ففي حالة بقاءه كله في ملكه لا أرش له ، لأنه متمكن من رد الجميع ، وفي حالة خروجه عن ملكه ان كان بالمبيع فقد حكى الماوردي عنه في وجوب الأرش وجهين مبنيين على التعليين فيما اذا باع الجميع (أصحابهما) الوجوب ، وسنذكرهما في كلام المصنف في بيع الجميع بعد ثلاثة فصول ان شاء الله تعالى ، وفيما اذا خرج بغير المبيع بالوقف رجع بالأرشف ، وبالعنق لا يمكن ، لأنه يسرى الى الباقي وبالله على ما سنذكره في كلام المصنف في خروج الجميع ، فان على القول بامتناع الرد في النقص والعجز عن رد الجميع يكون الكلام في الأرش كالللام في تعذر الرد في الجميع ، حرفا بحرف ، والصحيح فيما اذا خرج بعضه بالمبيع هنا أنه لا رد ولا أرشف .

قال الشافعي رحمه الله في المختصر : ولو كان باعها أو بعضها ثم [ردها] عليه بالعيب لم يكن له أن يرجع على البائع بشيء ، ولا من قيمته من العيب .

وقال في الأم في اختلاف العراقيين في باب الاختلاف في العيب : واذا اشترى الرجل من الرجل الجارية أو الثوب أو السلعة ، فباع نصفها من رجل ، ثم ظهر منها على عيب ، دله له البائع لم يكن له أن يرد النصف بحصته من الثمن على البائع ، ولا يرجع عليه بشيء من نقص العيب من أصل الثمن ، وذكر الشافعي رحمه الله كلاما أكثر من ذلك سأذكره عند بيع الجميع . فان فيه إشارة الى أن العلة كونه لم يأنس من الرد ، وهناك أذكره ان شاء الله تعالى .

وكلام المصنف رحمه الله يقتضي أنه اذا رضى البائع جاز ، ولنا في افراد إحدى العينين بالرد برضاء البائع وجهان (أصحابهما) الجواز ، فليكن ما اقتضاه كلام المصنف رحمه الله جاريا على الأصح (اذا قلنا) بذلك ، فلو بذل المشتري أرشف نقصان النقيض هل يجبر البائع عليه ؟ يحتمل أن يأتي فيه الخلاف فيما اذا طلب أحدهما الرد مع أرشف العيب ، وطلب الآخر الامساك وغرامة الأرش ، فان قلنا : يجاب المشتري أجبناه وأجبرنا البائع ، ومن ذلك يأتي في المسألة أوجه (أصحابها) امتناع الرد الا برضاء البائع (والثاني) الامتناع مطلقا (والثالث) الجواز مع أرشف التبعض (والرابع) من غير أرشف ، وهو ما يقتضيه كلام صاحب التقریب والماوردي ، والوجهان بعيدان والأكثر على

القطع بخلافهما وقد أطلق أكثر الأصحاب هذا الحكم والخلاف في جواز التبعض ، ولم يفرقوا بين المتقوم والمثلي . ولا شك أن ما ذكره يظهر في المتقوم للمعنيين المذكورين .

(أما) المثلي فالحنطة ونحوها إذا اشترى صبرة حنطة فوجد بها عيبا فإراد رد بعضها ، قال صاحب التتمة : إن قلنا في العبدین يجوز فھما كذلك والا فوجھان والفرق أن رد البعض لا يؤدي الى تجهيل الثمن ، قلت : وينبغي بناؤهما على خلاف سياأتي أن المانع الضرر أو اتحاد الصفقة (إن قلنا) بالأول جاز ، لأنه لا ضرر (وإن قلنا) بالثاني فالصفقة متحدة ، فينبني على أنه هل يجوز تفريق الصفقة أو لا ؟ فعلى الأول يجوز ، وعلى الثاني يمتنع ، ولا يضر كون التفريق هنا اختياريا لكونه لا ضرر فيه .

وقد رأيت المسألة منصوصا عليها في البويطي في آخر باب الصرف ، وقال : ومن اشترى من رجل متاعا جملة مما لا يكال ولا يوزن فوجد ببغضه عيبا يرده جميعا أو يأخذه جميعا ، وإن كان مما يكال ويوزن فهو مخير إن شاء أخذ الجيد بحصته ورد ما بقي ، وهذا صريح في الجواز ، ودال على أن المراعى الضرر ، ولو باع المشتري للمشتري بعض العين الواحدة من البائع ثم وجد بالباقي عيبا . قال القاضي حسين : فالذهب أن له الرد إذ ليس فيه تبعض الملك على البائع وقيل : لا يرده (قلت) وينبغي بناء ذلك على أن المانع الضرر أو اتحاد الصفقة (إن قلنا) بالأول فله الرد (وإن قلنا) بالثاني فتخرج على التفريق كما تقدم ، وسيأتي حكمه في كلام المصنف في بقية هذا الفصل إن شاء الله تعالى .

(فرع) لو مات المشتري في هذه الصورة وخلف وارثين ، فهل لأحدهما رد نصيبه ؟ فيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) ليس له الانفراد لاتحاد الصفقة ، وهو قول ابن الحداد ، والأصح عند الراعي ، واستدلوا له بأنه لو سلم أحد الاثنين نصف الثمن لم يلزم البائع تسليم النصف اليه فعلى هذا هل يجب له الأرش ؟ فيه ثلاثة أوجه (ثالثها) أن آيس على الرد رجوع والا فلا ، وهو الأصح عند القاضي حسين ، وقد ذكر الراعي هذه المسألة عند ما إذا اشترى وكيل عن رجلين ، وسأذكر ما قاله هناك إن شاء الله تعالى .

(والثاني) يجوز أن ينفرد برد نصيبه لأنه جميع ماله . حكاه
الرافعى .

(والثالث) أن البائع مخير بين أن يأخذ نصف المبيع ويعطى نصف
الثلث وبين أن يعطى نصف الأرض ويخير الذى يريد الرد على اسقاط
حقه ، قاله الماوردى ، وحكاه العمرانى أن أبا الطيب ذكره عن
ابن الحداد فى شرح المولدات .

(المسألة الثانية) إذا اشترى عيين من رجل واحد صفقة واحدة
ولها صور (احدها) ما ذكره المصنف أن يجد العيب باحدهما ،
وهما باقياں فى يده فهل له افراد المعيبة بالرد ؟ غيه قولان (أظهرهما)
عند الماوردى والرافعى ، وقال القاضى أبو الطيب والرويانى : أنه
ظاهر المذهب ، وقطع به الشيخ أبو حامد ، وهو المنصوص عليه فى
الأم فى كتاب الصلح وهو قول جمهور الأصحاب أنه ليس له ذلك ،
بل يردهما جميعا أو يمسكهما جميعا ، سواء أكان ذلك قبل القبض أم
بعده وسواء أكان مما يتساوى قيمته كالكرين من الطعام ، أو يختلف
كالعبدین والثوبين ، هكذا ذكره ، وقد تقدم عن مختصر البويطى أن
من اشترى مما يكال ويوزن أنه يجوز التبعض ، ومقتضى ذلك أن يجوز
افراد أحد الكرين بالرد .

(والقول الثانى) الجواز ، واختاره الرويانى فى الحلية ، والقولان
عند الماوردى والقاضى أبى الطيب والغزالى والرويانى وغيرهم مبنيان
على تفريق الصفقة (ان قلنا) يفرق جاز ، والا لم يجز ، لكن قياس
هذا البناء كما قال الرافعى أن يكون قول التجويز أظهر ، وأشار الى
الجواب بأن الصفقة وقعت مجتمعة ، ولا ضرورة الى تفريقها فلا
يفرق يعنى وليس كما اذا جمعت حلالا وحراما أو حلالين ، وتلف
أحدهما قبل القبض فان التفريق هناك ليس اختياريا ، وحاول ابن الرفعة
اثبات قول يمنع افراد المعيب بالرد .

وان قلنا : يجوز تفريق الصفقة وذكر من نص الشافعى فى
الصلح ما يدل دلالة ظاهرة على ذلك ويمكن أن يؤخذ من كلام المصنف
ما يدل له لأنه علل المنع بما يحصل من الضر بتبعض الصفقة فلم
يجز من غير رضاه . وهذا الكلام يشعر بجواز تفريق الصفقة

إذا رضى ، فالراجح أن لا يجهل ، القولان مبنيين على تفريق الصفة بل مرتبين ، بأن يقال : أن منعنا تفريق الصفة منعنا هنا ، والافقولان ، والترتيب أوفق لكلام الأئمة الذين أطلقوا البناء ، فإنه قد يطلق البناء على الترتيب ويعدد جعلهما قولين برأسهما أوغق لكلام المصنف ، فإنه علل قول الجواز بأن الميعب أخص بأحدهما . وهذا يقتضى بمفهومه أن الميعب إذا لم يختصر وكان فيهما لا يجوز الافراد مع القول بجواز تفريق الصفة . فأفاد أول كلامه وآخره أن لنا قولاً بالمنع .

وان جوزنا تفريق الصفة لأجل الضرر وقولاً بالجواز ، ومنعنا تفريق الصفة ، قلت : تفريق الصفة القهرى لا يمكن القول بالجواز مع منعه ، لأنه على ذلك القول يستحيل شرعاً . وأما التفريق الاختيارى برد أحد العينين دون الأخرى فكلا القولين اللذين ذكرهما المصنف رحمه الله يفرعان على منعه ، بمعنى أن المشتري ممنوع منه . وعلى تجويز التفريق القهرى فإن أريد بالتفريق القهرى فالترتيب صحيح كما اقتضاه كلام الأئمة . وان أريد التفريق الاختيارى فلا ترتيب ، فلا بناء ، وهما القولان بعينهما . وعلل المصنف تقتضى عدم جريانها فيما إذا كان الميعب فيهما ، وسأعرض لذلك فى بقية الكلام ان شاء الله تعالى . ثم ان النص المذكور عن الصلح يدل دلالة قوية على المنع مع القول بتفريق الصفة ولم أذكر لفظة خشية التطويل مع ظهوره ، فهو يرد التخريج على تفريق الصفة والقول بالجواز مبني عليها الا أن يكون لنا نص فى موضع آخر على الجواز ، فى خصوص مسألة افراد الميعب ، ولم أقف عليه ، ولذلك قطع الشيخ أبو حامد بالمنع والذي يقول بالجواز هنا يقول فيما إذا اشترى شقص دارين أنه يجوز للشفيع أن يأخذ أحدهما دون الآخر ، وقد يحتل ذلك فى شقص دار واحدة أن يأخذ بعضه ويدع بعضه . قاله صاحب التلخيص .

قال الراغى : والقولان مفروضان فى العبدین ، وفى كل شيء لا تتصل منفعة أحدهما بالآخر ، فأما فى زوجى خف ومصراعى باب ونحوهما فلا يجوز الافراد بحال ، وارتكب بعضهم طرد القولين فيه (قلت) وجعله صاحب التتمة مرتباً (ان قلنا) هناك لا يجوز فنهنا وجهان ، وبناهما على أصل أشار القاضى حسين إذا غصب فرد خف

قيمة الزوج^(١) عشرة فلفل في يده ورجع قيمه لأخسر إلى درهمين ، هل يضمن خمسة أو ثمانية • ان قلنا : خمسة جاز له افراد أحدهما بالرد ، وان قلنا ثمانية فلا • وإذا قلنا بالصحيح وأنه لا يجوز الافراد ، فقال المشتري : رددت المعيب فهل يكون ذلك ردا لهما ؟ فيه وجهان (أصحهما) لا •• بل هو لغو ولو رضى البائع بافراده جاز على الأصح • هكذا أطلق الرافعي الخلاف ، وينبغي اذا قلنا بجواز تفريق الصفقة أن يجوز قطعاً ، لأنه إنما امتنع لضرر البائع وقد رضى • أما اذا منعنا تفريق الصفقة فيمتنع ، وان رضى • ولذلك قال الغزالي : إنه أقيس الوجهين فيما اذا رضى المنع • قال : لأن استحالة تفريق الصفقة الواحدة لا يختلف بالتراضى ، وما ذكره الغزالي من أنه الأقيس جار على ما قرره من البناء على تفريق الصفقة ، وقد تقدم أن الراجح عدم البناء ، وأن الأولى أن يكون الخلاف مرتباً ، فكذاك الأصح الجواز اذا رضى ، وهو الذى نص الشافعي عليه في كتاب الصلح •

والمشكل طريقة الماوردي فإنه قطع بالجواز اذا رضى البائع مع بنائه القولين عند عدم رضاه على تفريق الصفقة ، ولو أراد رد السليم والمعيب معا على هذا القول المانع من الافراد جاز ، قال الامام : لم يختلف العلماء فيه ، وعلى القول الاخر المجوز للافراد (الأصح) الجواز ، وفيه وجه حكاه الامام والغزالي في الوسيط أنه لا يردهما الا اذا كانا معيين ، وضعفه الرافعي • وحكى ابن يونس أن الغزالي قال : (اذا قلنا) لا يرد يطالب بالأرث ، وتعتبر القيمة يوم العقد ، واعترض الناس عليه بأنه ليس في الوسيط — الا فيما اذا تلف أحد العبدین — والأرث يتعين في مسألة التلف بخلاف هذه المسألة اذ يمكن •

(قلت :) وهو كذلك ولا اتجاه لما قاله ابن يونس • نعم لو كان صاحب الوجه المذكور الذى يقول انه لا يردهما الا اذا كانا

(١) اذا اراد الشارح زوجين فإنه لا يقال في الفردين مجتمعين زوجا قال تعالى : « ثمانية أزواج » ولم يذكر الا اربعة اصناف فيكون اسم الفرد زوجا واسم الاثنين زوجين • واذا اراد واحدا على مذهب صاحب القاموس ان الزوج خلاف الفرد ، وفي المصباح : زوج نعال اثنين وزوجان اربعة ، وفي الوسيط : الزوج كل واحد معه آخر من جنسه . (الطيعي)

معيين يقول : انه لا يرد الميعب وحده اتجه عنده طلب الأرض ، لكنه ينفيه قول الامام فيما اذا منعنا الافراد : انه لم يختلف العلماء في جواز رد الجميع ، فتعين أن يكون الوجه الذى فى الوسيط بمنع ردهما تفريعا على جواز رد أحدهما وحينئذ لا وجه لطلب الأرض لامكان الرد . ولو أراد رد السليم وحده قطع الماوردى بأنه لا يجوز . وقال ابن الرفعة : انه لا خلاف فيه ، لأنه انما يجوز تبعا ، وقد فقدت التبعية ، والله أعلم . واذا جوزنا الافراد فردة اشترط قسطه من الثمن بلا خلاف . وقد تقدم من الامام تعليله واعتراض ابن الرفعة عند الكلام فى العين الواحدة .

(فرع) قال أبو حنيفة رضى الله عنه بالجواز فيما بعد القبض ، ووافق فيما قبله . واحتج من نصر قوله بأنه تم العقد فيهما ، وانفرد أحدهما بسبب الخيار ، وثبت فيه الخيار كما لو اشترى عبيدين واشترط فى أحدهما خيار الثلاث ونقض أصحابنا عليه ذلك بما قبل القبض ، أو وجد العيب فيهما ، أو كانا مصراعى باب زوجى خف ، أو مما تتساوى أجزاءه مثل كرين من طعام فان أبا حنيفة رحمه الله قال فى هذه المواضع الأربعة مثل ما قلناه .

والجواب على شرط الخيار فى أحدهما من وجوه بالنقض بالمسائل المذكورة وبأن صاحبه قد رضى بالتعويض لما شرط ، وبأن وصف تمام العقد لا تأثير له فى الأصل ، لأنه يجوز أن يرد الذى شرط فيه الخيار قبل القبض وبعده . فهذا الكلام فى ظهور العيب باحدى العينين وهما باقيتان ، وهى مسألة الكتاب ، على أن اطلاق كلام المصنف رحمه الله يحتتمل أن يشمل هذه الصورة والصورة الثالثة التى سنذكرها . وهى اذا كان السليم تالفا ، فان كان الأول وهو الظاهر ، فالأظهر من قولى الكتاب الأول ، وهو أنه لا يجوز الافراد وان كان الباقي^(١) الأولى المنع وفى الثالثة الجواز كما^(٢) ويرجح حمل كلام المصنف على

(١ ، ٢) بياض بالأصل فحرر ، قلت : ولعل صورة المسائل هكذا : « وان كان الباقي تالفا فان الأولى المنع ، وفى الثالثة (١) الجواز كما قال المصنف » .

(١) والثالثة هى ما اذا كان الباقي سليما فيجوز له والا فان الإبقاء على السليم

العموم^(١) القولين في الصورتين أن القاضي^(٢) في حكاية القولين بين ما إذا كان العيب في أحدهما وما إذا كان فيهما وأحدهما تالف ولم يذكر الترتيب^(٣) سنذكره^(٤) .

(الصورة الثانية) وجد العيب بهما جميعا ، وهما باقيا ن فله ردهما قطما ، وفي افراد أحدهما بالرد القولان السابقان . هكذا قال القاضي حسين والامام والرافعي وغيرهم . وقد تقدم التنبية على أن كلام المصنف يفهم القطع بالمنع في هذه الصورة ، وان كان ساكتا عن التصريح بها ، ولا شك أن الشيخ أبا حامد رحمه الله يقطع هذا بطريق الأولى ، وانما النزاع في جريان الخلاف عند غيره . وقد نقل صاحب الاستقصاء عن صاحب الافصاح أنه لا يجوز افراد أحدهما بالرد اجماعا كالطعام الواحد .

(قلت :) وهذا ليس بصريح لأن نص الشافعي رحمه الله تقدم في المكيل والموزون أنه يرد بعضه على ما إذا كانا باقيين ، فأولى بالجواز لتعذر ردهما ، فمن جوز هناك فهنا أولى ، ومن منع هناك اما قطما كالشيخ أبي حامد وغيره حكاية القولين ، وبنوهما على تفريق الصفة ، ان قلنا : يفرق جاز والا فلا ، والبناء هنا ظاهر ، والمراد بالتفريق المبنى على التفريق القهري ان منعه امتنع هنا ، وان جوزناه جاز لوجود الضرورة ، ومقتضى هذا البناء أن يكون قول الجواز هنا أظهر ، والرافعي رحمه الله اقتصر في باب تفريق الصفة على ترتيب الخلاف ، وأولوا به الجواز ، وليس في ذلك بيان الأصح .

وأعاد المسألة في باب الرد بالعيب ، ولم يتعرض لحكم رد الباقي هل يجوز أو لا ، وبما ذكرته من الترتيب يعرف أن الأظهر الجواز ، لكن النص الذي سنذكره عن البويطي والنص الذي سنذكره عن اختلاف العراقيين كلاهما يدل على خلافه ، وهو ما يقتضي كلام الماوردي أنه

(١ - ٤) بياض بالأصل فحرر : ولعل صورة المسائل هكذا : « ويرجح حمل كلام المصنف على العموم وفي كلا القولين في الصورتين أن القاضي حسين في حكاية القولين بين ما إذا كان العيب في أحدهما ، وما إذا كان فيهما وأحدهما تالف ولم يذكر الترتيب الذي سنذكره ان شاء الله تعالى » . هذا ما الهمنى الله تعالى من تقديم العبارة والله أعلم سبحانه .

(المطيبي)

الأصح ، ولعل الأصح عند الماوردي امتناع تفريق الصفقة ، والمراد بالتلف اما حسا واما شرعا ، فان جوزنا الافراد رد الباقي ، واسترد من الثمن حصته بلا خلاف ، وقد تقدم تعليله عن الامام واعتراض ابن الرفعة بطريق التوزيع بتقدير العبدین سلیمین وتقویمهما ویسقط المسمى على القيمتين . فلو اختلفا في قيمة التالف فادعى المشتري ما يقتضى زيادة الرجوع على ما اعترف به البائع فالأظهر عند القاضي أبی الطیب والرافعی والمصنف حیث ذکر فی باب اختلاف المتبایعین أن القول قول البائع مع يمينه . أما بثمن ملكه فلا يرد منه ما اعترف به . وهذا القول نسبه القاضي أبو الطيب والرافعي الى نصه في اختلاف العراقيين (والثاني) أن القول قول المشتري لأنه تلف في يده فأشبهه الغاصب مع المالك اذا اختلفا في القيمة كان القول قول الغاصب الذي حصل اهلاک فی یده ، وهذا القول في اختلاف العراقيين أيضا وقد رأيتهما فيه . ولكن هل هما تفريع على جواز الافراد أو على منعه ؟ فيه نظر سأنبه عليه في آخر الكلام . والاعتماد في حكايتهما هنا على نقل الأئمة . وقد اقتصر الرافعي رحمه الله وغيره على استرجاع حصة المردود من الثمن ، ولم يتعرضوا لشيء آخر . ولا شك أن التالف اذا كان معيبا أيضا يجب الأرض عليه لتعذر رده ، كما يجب الأرض اذا تلف المبيع كله وتبين عيبه ، وانما سكتوا عن ذلك احالة له على ذلك المكان واقتصارا على القدر المختص بهذا المكان .

وان لم يجز الافراد فقولان فيما حكاه القاضي حسين وطائفة (ووجهان) فيما حكاه آخرون واقتضى ايراد الرافعي والنووي ترجيحه (أحصهما) عند الرافعي وغيره وهو الذي ذكره الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب في تعليقيهما لا فسخ له ولكن يرجع بأرث العيب لأن الهلاك أعظم من العيب ، ولو حدث عنده عيب لم يتمكن من الرد . وهذا هو الذي نقله الربيع في مختصر البويطي ، فعلى هذا ان اختلفا في قيمة التالف عاد القولان لأنه في الصورتين يرد بعض الثمن ، الا أنه على ذلك القول يرد حصة الباقي ، وعلى هذا القول يرد أرث العيب ، وهل النظر في قيمة التالف في الصورتين الى يوم العقد أو يوم القبض ؟ فيه الخلاف الذي في اعتبار القيمة لمعرفة أرث العيب القديم ، وسيأتي ان شاء الله تعالى (والأصح منه) اعتبار أقل القيمتين .

(والوجه الثاني) أنه يضم قيمة التالف الى الباقي ويردهما ويفسخ العقد . قال الرافعي وهو اختيار القاضي أبي الطيب ، واحتج له بأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر المصراة برد الشاة بدل اللبن الهالك .

(قلت :) ولم أر ذلك في تعليقة القاضي أبي الطيب ، بل الذي فيها أنا اذا قلنا لا يرد رجع بالأرث كما تقدم عنه ، ولم يحك فيه خلافا ، وأنا ان قلنا له رده غيرده بحصته من الثمن .

قال : وقال بعض أهل خراسان : العقد على هذا القول فيهما جميعا ثم يرد الباقي وقيمة التالف ، ويسترجع كما في المصراة ، قال القاضي أبو الطيب : وهذا خطأ ، ويخالف نص الشافعي ، لأنه نص على ذلك في اختلاف العراقيين ، وقال : يرجع الى حصته من الثمن ، ثم فرغ عليه ، وذكر الاختلاف ، فالعجب من الرافعي رحمه الله ، الا أن يكون القاضي أبو الطيب نقله عن بعض الخراسانيين كما رأيت ، لكنه جعله مفرعا على القول بالرد ، وحكا الامام وغيره وجعله الغزالي والرافعي رحمهما الله مفرعا على قول المنع كما تقدم .

ولا تنافي بينه وبين ما فعله أبو الطيب ، فان أبا الطيب يقول : (ان قلنا) لا يرده أى أصلا يرجع بالأرث (وان قلنا) يرده فهل يفرده ؟ أو يضم معه قيمة التالف ؟ فيه وجهان وهؤلاء يقولون : (ان قلنا) يفرده استرد القسط ، والا فهل يمتنع عليه الرد ، أو يضم معه قيمة التالف ؟ (فيه وجهان) هالكلامان راجعان الى معنى واحد ، وانما النزاع في نسبة الرافعي القول المذكور الى اختيار أبي الطيب ووافق الرافعي على ذلك ابن الرقعة وزاد ابن الرقعة أن ابن الصباغ نقل القولين في ذلك ، أعنى في ضم قيمة التالف الى الموجود كما حكاهما الامام وغيره ، ولم أر ذلك في الشامل بل رأيت فيه ما يحتمل أن يكون سبب الوهم الذي عرض للرافعي وتبعه هو عليه في النقل عن أبي الطيب .

قال ابن الصباغ قال : حكى أبو الطيب عن بعض أهل خراسان أنه يفسخ العقد قال : وهذا هو السنة لحديث المصراة . فلعن الرافعي ظالم ذلك وظن أن الضمير في قال لأبي الطيب وانما هو لبعض أهل

خراسان يبينه ما في تعليق أبي الطيب ، وقد تقدم الرافعي في ذلك العمراني فنقل المسألة في الزوائد من الشامل . وزاد فقال : وقال القاضي : هذا هو السنة . قال ابن الصباغ : وهذا ليس بصحيح [أنه] هو القاضي ، وابن الصباغ ناقل عنه أو موافق له ، وبالجمله فالقول بمنصوص عليه في البويطي لأن في مختصر البويطي : ولو اشترى ثوبين في صفقة واحدة فقبضهما فهلك أحدهما وأصاب بالآخر عيبا فله أن يرد القائم وقيمة التالف ، ويرجع بأصل الثمن الذي أعطاه ، فإن اختلفا في القيمة فالقول قول البائع ، من قبل أن الثمن كله قد لزم المشتري ، وهو يريد إسقاط الشيء عنه لما يدعى من كثرة قيمة الغائب ولا أقبل دعواه .

قال الربيع : وله قول آخر : إذا اشترى شيئين في صفقة واحدة فهلك واحد وأصاب بالآخر عيبا لم يكن له إلى الرد سبيل من قبل أنه كان له أن يرد الشيء كما أخذ ، فلما لم يرده مثل ما أخذ كان لا رد له وليس أن ينقص عليه ما اشترى منه ، ويرجع عليه بقيمة العيب الذي وجدته في الثوب الباقي ، فهذا الكلام الذي في مختصر البويطي يقتضي اثبات قولين :

(أحدهما) يضم قيمة التالف إلى الباقي ويردهما .

(والثاني) يمتنع الرد ويرجع بالأرث ، وهما هذان القولان اللذان فرعناهما على عدم جواز الأفراد . فهما متعاضدان في منع الأفراد كما قدمت لك أولا .

وقد تأملت نصه في اختلاف العراقيين فلم أجده صريحا في الرد واسترجاع القسط . وانما قال : إذا اشترى ثوبين صفقة واحدة فهلك أحدهما في يده ووجد بالثاني عيبا واختلفا في ثمن الثوبين فالقول قول البائع مع يمينه ، من قبل أن الثمن كله قد لزم المشتري . والمشتري ان أراد رد الثوب يرده بأكثر الثمن ، أو أراد الرجوع بالعيب رجع به بأكثر الثمن . ولا نعطيه بقوله الزيادة . قال الربيع : وفيه قول آخر أن القول قول المشتري من قبل أنه المأخوذ منه الثمن . قال الشافعي

رحمه الله : اذا اشترى شيئين في صفقة فهلك أحدهما ووجد بالآخر عيبا فليس الى الرد سبيل فيرجع بقيمة العيب لأنه اشتراهما صفقة • فليس له أن ينقضها •

(قلت :) وهذا هو معنى ما في البويطى وليس فيه زيادة عليه الا القول الآخر الذى حكاه الربيع أن القول قول المشتري وآخر كلامه المذكور صريح في عدم الرد • وأول كلامه فيه احتمال لما قاله أبو الطيب • وما قاله في مختصر البويطى • وانما احتجت الى ذلك لقول القاضى أبى الطيب انه قال : يرجع الى حصته من الثمن • وهذا بحسب ما فهمه من اختلاف العراقيين من منع التفريق • والقاضى أبو الطيب نقله عنه بلفظ آخر صريح في التفريق • فلعل له في اختلاف العراقيين نصا آخر • وأبدى ابن الرفعة فيما حكى عن اختلاف العراقيين نظرا من وجهين :

(أحدهما) أنا نفرع على منع التفريق فالنص مصرح بالتفريق فكيف يرد به ؟ وهذا قاله ابن الرفعة بناء على ما نقله القاضى أبو الطيب ، ونقله ابن الرفعة عن ابن الصباغ اعتراضا عليه لكنك قد عرفت فيه النص بلفظ وليس فيه تصريح بالتفريق • ولو ثبت ذلك فالعذر عن أبى الطيب أنه لم يجعل ذلك تفريعا على منع التفريق حتى يعترض عليه بما ذكر ، بل انما قال : اذا جوزنا الرد كما تقدم النقل عنه فاذا نقل عن الشافعى رحمه الله أنه قال : مع الرد يسترجع القسط ، يكون ذلك ردا على من يقول : لا يسترجع القسط ، بل يضم القيمة عن التالف ويسترجع جميع الثمن ردا ظاهرا •

(والوجه الثانى) من اعتراض ابن الرفعة على أبى الطيب أن اختلاف العراقيين قليل : انه من القديم ، وهذا بعيد لأن ذلك من رواية الربيع^(١) عن الشافعى رضى الله عنه ، وان فرعنا على هذا الوجه

(١) والربيع بن سليمان المرادى وكذا الجيزى كلاهما من رواية الجديد ورواة القديم هم الكرابيسى والزعفرانى وأبو ثور واحمد بن حنبل رضى الله عنهم اجمعين •
(المطبعى)

وأنه يضم قيمة التالف الى الباقي ويردها فاختلفا في قيمة التالف فالقول قول المشتري مع يمينه لأنه حصل التالف في يده وهو الغارم ، وبه جزم القاضى حسين مع حكاية القولين في الصورتين الأوليين ، قال : وكل موضع كان الغارم هو المشتري فالقول قوله ، وكل موضع كان الغارم هو البائع فعلى القولين ، وفي التتمة حكاية وجه آخر أن القول قول البائع لأن المشتري يريد ازالة يده عن الثمن المملوك له وذكر في الروضة أنه شاذ .

(قلت) في مختصر البويطى بعد أن قال : انه يرد القائم وقيمة التالف ، قال : فان اختلفا في القيمة فالقول قول البائع من قبل أن الثمن كله قد لزم المشتري ، وهو يريد اسقاط الشيء عنه لما يدعى من كثرة قيمة الفائت ولا أقبل دعواه ، وهذا يدل على الوجه الذى قاله في التتمة بل هو هو ، والقيمة هنا معروفة واعتبارها بيوم التالف على الأصح فليس كما تقدر على القدر الآخر حيث يعتبر أقل الثمنين على الأصح . أشار اليه الامام في باب التخالف .

(فرع) اذا ظهر العيب بالتالف فقط لم يرد الباقي قطعاً ، ويرجع بأرش التالف .

(فرع) لو ظهر العيب بأحدهما أو بهما بعد بيع أحدهما فقد جمع الراعى بين ذلك وبين ما اذا كان أحدهما تالفاً ، وجزم به الشيخ أبو حامد هنا أيضاً بامتناع الرد ، لأنه لم يحصل اليأس من الرد ، وقد تقدم فيما اذا كان المبيع واحداً وخرج بعضه عن ملكه أن الصحيح امتناع رد الباقي فاشتريت صورة التالف وصورة البيع في الترتيب ، على ما اذا كانا باقيين كما قال الراعى رحمه الله ، لكن الصحيح في الأولى الجواز ، وفي الثانية المنع ، وهذا الذى ذكرناه اذا باع أحدهما وكانا معيين أو باع الصحيح ، وبقي المعيب .

(أما) لو باع المعيب وبقي الصحيح فلا يرد الباقي الآن قطعاً ، والكلام في الأرش على ما مر وتحقيق الصحيح في ذلك يتوقف على

تحقيق العلة غيما اذا باع البعض هل هو عدم اليأس أو غيره ؟ وسيأتى ان شاء الله ذلك بعد ثلاثة فصول .

(فرع) استثنى صاحب التلخيص من وجوب الأرش على القول بمنع الأفراد مسألة واحدة وهى أن يكون قد باع أحدهما ، قال : ينظر ، فان كان صحيحا لم يدلّس فيه بعيب لم يرجع بنقصان العيب ، وان كان معيبا غفى هذا الموجود قولان (أحدهما) يرجع بنقصان العيب ، والآخر ليس له الرجوع .

(قلت) اعل مراده ان كان المبيع صحيحا من عيب حادث عند المشتري ولم يدلّس فيه على المشتري الثانى لشيء حدث عنده فليس له الرجوع بالأرّش لعدم اليأس من رجوع المبيع اليه ، ويردهما معا ، وذلك يوافق ما قاله الشيخ أبو حامد ، وهو يجيء على المذهب على ما سيأتى خلافا لأبى اسحاق وان كان معيبا بعيب حدث عنده غفى رجوعه بأرّش العيب فى الثانى قولان ، كما لو تلف أحدهما أو اعتقه بناء على تفريق الصفقة .

(فرع) بما ذكرناه يتبين أن الخلاف فى الجميع ، ولكنها مراتب غفى العبدان اذا كان أحدهما تالفا ، الجواز قوى جدا ودونه اذا كان أحدهما معيبا ، والخلاف فيه قوى أيضا ، وان كان الأصح فيهما المنع ، ودونه اذا كانا باقيين فى ملكه ، والعيب بأحدهما ودونه اذا كانا باقيين ، والعيب بهما ودونه فى العبد الواحد اذا باع بعضه ، ودونه فى العبد اذا كان كله باقيا فى ملكه ، فهذه ست مراتب لا يرد على الصحيح الا فى الأولى .

(فرع) حكم نقص أحدهما حكم تلفه وعتقه وبيعه ، قال صاحب التلخيص : وينبغى أن يكون كذلك ما لم يرض البائع بأحدهما مع النقص الحادث ، فيصير كما لو لم يكن نقص .

(فائدة) أكثر الأصحاب يطلقون توزيع الثمن على العبدان باعتبار قيمتهما والرافعى فى هذا الباب قد اعتبر قيمتهما الى سليمين ،

ولا يثأتى غير ذلك اذا كان المشتري جاهلا بالعيب ، فانه انما بذل الثمن على ظن السلامة ، ولو وزعنا الثمن عليهما على ما هما عليه من العيب أدى ذلك الى خبط وفساد دل عليه الامتحان ، فالصواب تقدير السلامة كما ذكره الراعى هنا وهى فائدة عظيمة نافعة فى مسائل :

(منها) فى الشفعة حيث يأخذ الشخص بقسطه من الثمن وغيرها من المسائل .

(ومنها) فى المراجعة اذا وزع الثمن فيجبر بما يخصه من الثمن بوصف السلامة ، ويجبر بالعيب الذى ظهر له ، ولا يجوز أن يجبر بقسطه من الثمن باعتبار العيب .

(ومنها) مسألة تقدمت فى الربا فى الصرف ، اذا باع دينارين بدينارين فخرج أحدهما معييا اختار القاضى أبو الطيب وجماعة البطالين ، لأنه تبين أنه من قاعدة مد عجو ، وأطلق الشيخ أبو حامد وجماعة الصحة واستشكله فى ذلك الباب ، وانتدبت له مأخذا بعيدا ، وبهذه الفائدة هنا يترجح ، فظهر مأخذ حسن يحمل عليه ويتمسك به فيه ، ويقوى على أى طالب لأن الفساد فى قاعدة مد عجو من جهة التوزيع ، والتوزيع ههنا لا يقتضى المفاضلة اذا وزع باعتبار السلامة ، وانما يقتضى اذا وزع عليها باعتبار العيب .

(ومنها) فى تفريق الصفقة فى الدوام اذا تلف أحد المبيعين قبل القبض .

(ومنها) فى غير ذلك ، ولا تخفى الفروع بعد بيان القاعدة ، وهى قاعدة مهمة يجب الاعتناء بها وملاحظتها فى مسائل كثيرة فى أبواب متعددة .

(فروع) لا خلاف أنه لو ظهر العيب بالتالف وحده فليس له الرد ، لأن التالف لا يقبل الفسخ مقصودا أو مسوغا ، وانما صح الفسخ

في التالف تبعاً ، قاله القاضي حسين ، وإنما ذكرته وإن كان واضحاً لئلا يتوهم أن بقاء السليم مسوغ لورود الرد على المعيب في الصفقة التي شملته ، وليس لتكلف المبيع جملة إذ لا مورد أصلاً . فذلك نبهت عليه .

(المسألة الثالثة من مسائل الكتاب) إذا اشترى اثنان من واحد عينا ووجد بها عيباً وأراد أحدهما أمسك حصته والآخر رد حصته ، جاز على القول الظاهر المنقول عن نصه في كتبه الجديدة ومعظم كتبه القديمة ، وبه قال أحمد ومالك في رواية ، وأبو يوسف ومحمد وابن أبي ليلى . ومنه أخذ الصفقة تتعدد بتعدد المشتري ، وهو الأصح ، ووجهه بأنه رد جميع ما ملك مجازاً كالمشتري الواحد . قال الشافعي رحمه الله تعالى في المختصر : ولو أصاب المشتريان صفقة واحدة من رجل تجارية عيباً فأراد أحدهما الرد والآخر الإمساك فذلك لهما ، لأن المهود في شراء الاثنين أن كل واحد منهما يشتري النصف بنصف الثمن . انتهى .

(والقول الثاني) ويحكى عن رواية أبي ثور عن القديم وقال أبو داود : أنه مرجوع عنه . وبه قال أبو حنيفة أنه ليس له الانفرد بالرد ، لأن العبد خرج عن ملك البائع كاملاً والآن يعود إليه بعضه ، وبعض الشيء لا يشتري بما يخصه من الثمن لو بيع كله ، وربما أوردوا ذلك بعبارة أخرى فقالوا : خرج عن ملكه مجتمعا أو صفقة واحدة . ومن هذا القول أخذ أن الصفقة وإن تعدد المشتري متحدة على ما قاله الامام ، لكن الصحيح المشهور الذي جزم به كثيرون أن الصفقة متعددة ، وبذلك منعوا من قال : خرج عن ملكه صفقة . ومنعوا أيضاً من قال : خرج مجتمعا أشار المصنف رحمه الله في استدلاله من قوله : أن البائعين فرق الملك في الإيجاب . أي فلم يخرج مجتمعا . وأما من قال : كلامك أن أريد بصفة الكمال فهي معنى ، وإن أريد التأكيد فلا يفيد . ومن هنا تعلم أن المصنف رحمه الله جازم بأن الصفقة متعددة .

واعترض القائلون باتحادهما وامتناع الانفرد بالرد ، ما لو قال : بعتكما هذا العبد بثلث ، فقال أحدهما : قبلت نصفه بنصف الثمن ،

وبما اذا أحضر أحدهما نصف الثمن وأراد إجبار البائع على تسليم نصف العبد ، وبأن الشركة عيب . وأجاب الأصحاب عن الأول بأن عندنا في المسألة وجهين (أحدهما) يصح وهو الذى جزم به القاضى أبو الطيب وجماعة من العراقيين ، وأنه يلزم البيع فى حقه سواء قبل صاحبه أو رده ، وقيل ان للشافعى رحمه الله نصا فى الخلع يشهد له وقال الامام : انه الأظهر فى القياس ، ورجحه الرويانى فى الحلية (والثانى) وهو الأصح عند طائفة منهم الرافعى ، وهو الأظهر فى النقل على ما قاله الامام لا يصح (وان قلنا) بالتعدد فان صيغة ايجاب البائع تقتضى جوابهما ، فكأنها مشروطة بأن يجيباه معا ، فليس ذلك من حكم العقد ، وانما هو من مقتضى اللفظ عرفا . وفى هذا نظر من جهة أن اشتراط ذلك يقتضى الفساد .

وعن الثانى أن الحكم عندنا أن البائع يجبر على تسليم نصيبه ، وسيأتى ذلك فى كلام المصنف فى آخر باب اختلاف المتبايعين ان شاء الله تعالى .

وعن الثالث بأن البائع هذا الذى شرط بينهما ، فلم يكن هذا العيب حادثا فى يد المشتري ، وقد عرفت بما ذكرته أن استدلال المصنف رحمه الله أمس بكلام المخالف من استدلال غيره بأنه رد جميع ما ملك ، وان كان الكل صحيحا . وقوله كما لو باع منهما فى صفتين ، أى متعدتين لفظا ، فان هذه متعددة حكما لا لفظا .

وقال القاضى حسين : الأولى أن يفرض الكلام فيما لو مات أحد المشترين والبائع وارثه ، أو عاد الى البائع نصيب أحدهما بالبيع أو بالهبة كى يسقط على كلامهم أن الشركة عيب ، ووافق أبو حنيفة رحمه الله على أنه اذا اشترى رجلان شقصا من واحد ، فللشفع أن يأخذ نصيب أحدهما بالشفعة . وهذا الذى التزمه الأصحاب من أن العقد متعدد هو المشهور .

وقال أبو الظفر ابن السمعاني : ان هذه طريق سقيمة لا يمكن تمثيلتها ، ومن اعتمد عليها فلضعفه فى المعانى ، لأن قوله : بيعت منكما

في جانبه كلمة واحدة . نعم في جانب المشتري هي بمنزلة عقدين ولو جاز
ان نجعل عقدين لتعدد المشتري لجاز ذلك لتعدد الجميع .

والمعتمد من الجواب أن الصفقة وإن كانت واحدة ، لكن يجوز
لأحدهما أن يرد ، لأن الخيار ثابت لهما ، وهو حق مشروع ؟ فيمكن
من استيفائه على وجه لا يؤدي إلى تفويت واسقاط بعدم مساعدة
الآخر له . وأجاب عن كون الشركة عيبا بأن التي كانت بين المشتريين
قد زالت ، والتي وجدت بين البائع والمشتري إنما وجدت بعدم الرد ،
والرد لا يعيب المبيع لكن يعيده إلى ملك البائع ، ثم الشركة تثبت
باختلاف الملك فلا يكون العيب الذي هو معلول الرد سابقا لعلته ، وما قاله
أولا لا يمكن تمثيئه ، فإن من مقتضاه أن أخذ الوارثين لمشتري المعين
الواحدة مستقل بالرد ، وليس كذلك لما سيأتى إن شاء الله تعالى ،
وما قاله ثانيا وإن كان محتملا فيمكن الانفصال عنه . وقد ظهر لك
بما تقدم أننا إن قلنا باتحاد الصفقة منعنا انفراد أحدهما بالرد
(وإن قلنا) بالتعدد فقولان (أحدهما) المنع لضرر التبعض ، هذا
إذا نظرت إلى التعدد والاتحاد أولا فلك أن تجعل القولين أولا في
الانفراد فأحرزنا ، فمن ضرورته تجوز التفريق ، وإن منعنا الانفراد
هل ذلك لحكمنا بالاتحاد أو لضرر التبعض ؟ وإن كانت الصفقة متعددة
ففيه وجهان ، وهذه الطريقة أوفق لكلامهم ، والأصح من الوجهين الثاني
لما سيأتى من كلام البويطى .

التفريع على هذين القولين أن جوزنا الانفراد ، فانفرد أحدهما
فغتبطل الشركة بينهما ، ويخلص للممسك ما أمسك وللراد ما استرد ،
أو تبقى الشركة بينهما فيما أمسكه الممسك واسترده الراد . حكى القاضى
المأوردى فيه وجهين ، قال الراغى : أصحهما أولهما . قلت والوجه
الثانى بعيد جدا ، وكيف يقال إن نصف العبد الذى أمسكه الممسك يكون
بينه وبين الراد والراد لم يبق على ملكه شيئا ، وكيف يقال إن نصف
الثلث الذى استرجعه الراد يأخذ الممسك نصفه وهو لم يرد شيئا ؟
ووجهه المأوردى أنه لم يكن بينهما قسمة . وهذا توجيه ضعيف ،
لأن ذلك يكون في المعين لا في المشاع ، فإن النصف المشاع المردود
مختص بالراد قطعا ، وحمله ابن الرقعة على ما إذا كان الثمن مشتركا

بينهما ، وهذا الحمل قد يقال : انه يصح معه الاشتراك في المسترد من الثمن ، أما بقاء الشركة في نصف العبد الباقي فلا والتحقيق أنه لا تصح الشركة في المسترد من الثمن أيضا لأن الثمن الذي كان مشتركا بينهما ملكه البائع ثم انتقض ملكه في نصفه الشائع المختص بالراد بحكم رده ويقسمه الراد والبائع وهو قسمة جديدة واردة على ملكيهما ، وليس للممسك فيها حظ ، ونصفه الشائع لم ينقض الملك في شيء منه • فلا وجه لهذا الوجه أصلا •

نعم : قد تقدم لنا عن صاحب التقريب شذوذ في جواز رد بعض العين الواحدة ، فعلى ذلك اذا قال الراد : رددت النصف ولم يعين أنه نصفه ، وقلنا بأن هذه الصيغة تحمل على الاشاعة كما هو في العتق وغيره على أحد الوجهين فيصح الرد في نصف نصيبه ، ولكن لا يبقى نصيب الممسك مشتركا ولا المسترد من الثمن مشتركا لعدم صحة الرد في نصيب شريكه ، بل يبقى للراد ربع العبد وللممسك نصفه ، ويسترد الراد ربع الثمن ، وبالجمله فهذا الوجه الى الغلط أقرب • ومن التفرع على هذا القول أنه لا يلزم الراد ضم أرش التبعض الى ما يرد ، لأن البائع الذي أضر بنفسه ، قاله الامام •

وان منعنا الانفراد فذاك فيما ينقص بالتبعض (أما) ما لا ينقص كالحبوب ففيه وجهان مبنيان على أن المانع ضرر التبعض أو اتحاد الصفقة ، فعلى الأول يجوز وعلى الثاني يمتنع وهو الذي جزم به القاضي حسين ، والتعليل الأول يمنع أخذ اتحاد الصفقة من هذا القول ، والوجهان المذكوران بيانهما حكاهما الراعي والامام ، وقد تقدم عن نصه في البويطى جواز ذلك في المشتري الواحد ، نفى المشتريين أولى ، ولذلك أصلح بعضهم بعض نسخ التنبيه ، وجعل ان اشترى اثنان عبدا ، ولفظ مختصر الزمنى شاهد له ، ونقله بعضهم عن المختصر سلعة مكان جارية ، فيكون شاهدا للنسخ المشهورة ، ويكون كلام البويطى الذي حكاه مفيدا لذلك •

وهذا اذا لم يقسماه ، فان اقتسماه فكذاك عند الامام ، وفيه فرض المسألة وبناءه القاضي حسين فيما نقله ابن الرفعة على الخلاف

في القسمة ان قلنا افراز (وان قلنا) بيع فكما لو اطلع على العيب بعد بيع بعضه . هكذا نقل ابن الرغفة عن القاضي ، ولم أره في تعليقه هكذا ، لكنه لو قال فيما لو اشترى مئاعا كنصف عرصة ثم قاسم المبيع ثم وجد عيبا قديما ان قلنا القسمة افراز له الرد ، والا فلا ، كما لو باع بعض المبيع ، قال : وفيه نظر .

(قلت :) أما البناء على أن القسمة افراز أو بيع فمتجه متعين (وأما) منع الرد اذا قلنا : انها بيع فيما اذا قاسم البائع فمشكل على القاضي حسين لأنه تقدم عنه أن المذهب فيما اذا باع بعض العين من البائع أنه يرد فينبغي أن يكون هنا ، الصحيح الرد على البائع اذا قاسمه على القولين ، وذكر القاضي في الفتاوى اذا اشترى شقصا من ربع وقاسم شريكه ثم وجد به عيبا قال (ان قلنا) القسمة افراز له الرد (وان قلنا) بيع فهو باع نصف ما في يده بنصف ما في يد شريكه . غيرد النصف الذي يملك من الشريك عليه ، فاذا رد يعود اليه النصف الذي يملك منه الشريك ثم يرد الكل بالعيب ، والا يبطل حقه ، لأن الرد يعقبه فسخ العقد لاختلاف الملك ، قال : وعلى هذا لو اشترى عبدا بذراهم ، وباعه بثوب ، ثم وجد بالثوب عيبا فردده واسترد العبد وبه عيب قديم ، فان كان قد علم به وهو في يد المشتري الثاني له أن يرد ، لأنه قصد رد الثوب ، والعبد عاد لا باختياره ، وفيه وجه أنه لا يرد ، لأنه برد الثوب اختار ملك العبد معيبا .

(قلت :) هكذا قال القاضي ، وهو على رأيه الذي سنذكره فيما اذا باع المعيب ثم اشتراه عالما بعيبه أنه لا يرده على الأول ، والصحيح خلافة ، ولو أراد الممنوع من الرد الأرض . قال الامام : ان حصل اليأس من امكان رد نصيب الآخر بأن اعتقه وهو معسر فله أخذ الأرض ، وان لم يحصل نظر ان رضى صاحبه بالعيب فيبني على أنه لو اشترى نصيب صاحبه وضعه الى نصيبه وأراد أن يرد الكل ويرجع بنصف الثمن ، هل يجبر على قبوله كما في مسألة النعل ، وفيه وجهان (ان قلنا) لا ، أخذ الأرض (وان قلنا) نعم ، فكذا في أصح الوجهين ، لأنه توقع بيعه ، وان كان صاحبه غائبا لا يعرف الحال ففي الأرض وجهان عن حكاية صاحب التقريب من جهة الحيلولة الناجزة .

وقد بقي مسائل من هذا النوع لم يذكرها المصنف .

(منها) اذا تعدد البائع ، كما لو اشترى واحدا عينا من رجلين ، فله رد نصف المبيع على أحد البائعين ، وقاله القاضي حسين وغيره ، فان الصفقة تتمدد بتعدد البائع قطعا ، ووافقه أبو حنيفة رحمه الله فيه ، ولو اشترى واحد شقصين من رجلين فهل للتشيع أن يأخذ نصيب أحدهما ؟ فيه وجهان (أحدهما) نعم للتعدد (والثاني) لا ، للضرورة . قاله أبو حنيفة رحمه الله ، وقد تقدم مذهبا ومذهبه فيما اذا تعدد المشتري . قال القاضي حسين : فمذهب أبي حنيفة في الشفعة على عكس مذهبه في الرد بالعيب .

(ومنها) اذا تعدد العاقدان بأن اشترى رجل عينا من رجلين فهو في حكم أربعة عقود . وكان كل واحد منهما اشترى ربع المبيع من هذا والربع من ذلك . فله أن يرد نصيب أحد البائعين . وكذلك لصاحبه ، قال القاضي حسين وغيره . ولو اشترى ثلاثة أنفس من ثلاثة أنفس عبدا لكل واحد من الثلاثة أن يرد ببيع العبد على كل واحد من البائعين الثلاثة ، لأن حكمها حكم العقود التسعة ، قاله المساوردي .

(ومنها) اذا تعدد المعقود عليه والعاقد معا بأن اشترى رجلان عبيدين من رجلين فلكل واحد منهما رد الربع من العبيدين على كل واحد من البائعين ، وهل له رد الربع من أحدهما على أحد البائعين ؟ على القولين في تفريق الصفقة في الرد . هكذا قال القاضي حسين .

وقال أيضا في الصورة المذكورة بعينها في هذا الموضع بعينه : هل لكل منهما رد النصف من أحدهما على أحد البائعين ؟ على القولين . هكذا رأيته في النسخة ، وكأنها غلط ، والصواب أن يقال على البائعين اسقاط أحدهما فان كل واحد من المشتريين اشترى النصف من البائعين لا من أحدهما ، والتحقيق في ذلك أن يقال : لهما رد العبيدين على البائعين قطعا ، ورد نصفهما على أحد البائعين قطعا ، وهل لأحدهما رد نصفهما على البائعين ، أو ربعهما على أحد البائعين ؟ فيه الخلاف فيما اذا اشترى اثنان من واحد ، وهل لأحدهما رد الربع من أحدهما

على أحد البائعين على قولى التفريق فيما اذا اشترى عبيدين من واحد ،
هذا اذا كان كل من العبدین مشاعا بين البائعين •

(ومنها) اذا كان أحد العبدین لهذا ، والآخر لذاك ، وجعما
بينهما في الصفقة وجوزناه على أحد القولين ، فهل له رد أحد العبدین
بالعيب ان جوزناه فيما اذا كانا لواحد فهنا أولى والا فوجهان ،
والفرق أنه رد عليه جميع ما ملك من جهته ، قاله القاضى حسين ،
وقد تقدم عنه وعن غيره أنه يرد نصف العين الواحدة على أحد
البائعين ، فالقول هنا بأنه لا يرد بعيد •

(ومنها) اذا اشترى رجل عبيدين من رجلين مشتركين بينهما ، فله
أن يرد على أحدهما نصفى العبدین ، وليس له أن يرد نصفى العبدین
عليهما ، ولو أراد رد نصف أحد العبدین على أحدهما فعلى قولين • ولو
أراد رد ربع العبدین عليهما أو على أحدهما لم يجز بحال • قاله القاضى
حسين • قال : والحد فيها أن فيما هو الخير يثبت الخيار وفيما هو
الشر وجهان •

(ومنها) اشترى اثنان عبيدين من واحد فحكمهما ظاهر فيما تقدم
أنهما^(١) رد العبدین قطعاً ولأحدهما رد حصته منهما على الأصح
كأحد المشتريين الواحد ، وليس له رد نصف العبد الواحد على الأصح
كأحد العبدین مع المشتري الواحد ، ولم أرها مسطورة •

(فرع) جملة المسائل المذكورة ترجع الى ثمانية أقسام ،
أن يتحد الجميع • أو يتعدد المبيع فقط أو المشتري فقط • وهذه الثلاثة
مذكورة في الكتاب ، أو يتعدد البائع فقط أو البائع والمبيع • أو البائع
والمشتري • أو المبيع والمشتري أو يتعدد الجميع • ووجه أنه
اما أن يتعدد الجميع أو يتحد الجميع • أو يتحد واحد فقط أو يتعدد
واحد فقط • وفي كل من القسمين الآخرين ثلاثة •

(١) كذا في ش و ق والراجح لضبط السياق : « أن لهما رد ... »
(المطيعي)

(فرع) لو اشترى شيئا واحدا في صفقتين نصفه بصفقة ونصفه بصفقة أخرى من ذلك الرجل أو من غيره جاز له رد أحد النصفين بالعيب دون الثاني بلا خلاف لتمدد الصفقة .

(فرع) هذا كله إذا تولى كل واحد منهما العقد بنفسه أو كان عن كل واحد وكيل واحد . أما إذا عقد بالوكالة وحصل التعدد في الوكيل أو في الموكل . فهل الاعتبار في تعدد العقد واتحاده بالعقد أو المعقود له ؟ فيه أوجه (أصحابها) عند الأكثرين أن الاعتبار بالعقد ، وبه قال ابن الحداد ، لأن أحكام العقد تتعلق به وخيار المجلس يتعلق به دون الموكل ، ويعتبر رأيه دون رؤية الموكل .

(والثاني) الاعتبار بالمعقود له وهو الموكل . قاله أبو زيد والخضري ونسبه بعضهم إلى أئمة العراق . وهو الأصح في الوجيز .

(والثالث) الاعتبار في طرف البيع بالمعقود له وفي الشراء بالعقد . قاله أبو إسحاق المروزي ونسبه الروياني إلى القفال . والفرق أن العقد يتم في الشراء بالمباشر دون المعقود له . ولهذا لو أنكر المعقود له الاذن في المباشرة وقع العقد للمباشر بخلاف طرف البيع . قال الامام رحمه الله : وهذا الفرق فيما إذا كان التوكيل في الشراء في الذمة فان وكله بشراء عبد بثوب معين فهو كالتوكيل بالبيع .

(والرابع) قال في التتمة : الاعتبار في جانب الشراء بالموكل ، وفي البيع بهما جميعا ، فأيهما تعدد تعدد العقد اعتبارا بالشخص المشفوع ، فان العقد يتعدد بتعدد الموكل في حق الشفيع ، ولا يتعدد بتعدد الوكيل حتى لو اشترى الواحد شقما لاثنين ، فللشفيع أخذ حصة أحدهما بالفلس ولو اشترى وكيلان شقما لواحد لم يجز للشفيع أخذ بعضه ، وفي جانب البيع حكم تعدد الوكيل ، والموكل واحد ، حتى لو باع وكيل رجلين شقما من رجل ليس للشفيع أخذ بعضه ، وإذا ثبت ذلك في الشفعة ثبت في سائر الأحكام .

قال صاحب التتمة : وهذا أبعد الطرق ، لأن في باب الشفعة

يأخذ من المشتري فإذا أخذ نصف ما في يده أضر به ، وههنا يرد على
البائع ، فإذا تعدد البائع ورد على أحدهما ما كان له لم يتضمن
ضررا ، وإذا تعدد الوكيل واتحد البائع فرد عليه نصف ماله
تضمن ضررا ، وهذا الذي قاله صاحب التتمة صحيح ، ومدرك الشفعة
غير مدرك هذا الباب ، ولذلك نقول في الشفعة : ان الصفقة تتعدد
بتعدد المشتري جرما ، وفي البائع خلاف عكس ما في هذا الباب ،
ففى كل باب ينظر الى المعنى المختص بذلك الباب .

(والخامس) اذا كان الوكيل من جهة المشتري فالعبرة بالموكل ،
وان كان من جهة البائع فالعبرة بالعاقد ، وهذا بالعكس مما قاله
أبو اسحاق حكاه القاضى حسين في تعليقه ، وهو مغاير لما حكاه
صاحب التتمة ، فهذه خمسة أوجه في تعدد الصفقة واتحادها اذا جرت
بوكالة ، ونقل صاحب التتمة عن القفال فيما اذا وكل رجلان رجلا فاشترى
لهما عبدا .

قال : وقال القفال : ان كان البائع يعلم أنه وكيل رجلين فألحدهما
أن يرد نصيبه وان كان البائع يعتقد أنه يشتري لنفسه أو اعتقد
أنه وكيل لواحد فليس لأحدهما أن يرد النصف ، وهذا ليس وجهها
سادسا في التعدد والاتحاد ، بل تفريع على القول بالتعدد ، وهكذا
يقتضيه كلام القاضى حسين وغيره ، وعلى هذا مأخذه رضا البائع
بالتبعض وعدمه ، وهو من نص الشافعى رحمه الله في الرهن اذا اشترى
رجل له ولشريكه عبدا ورهن الثمن عينا مشتركة ، ثم وفسر أحد
الشريكين نصيبه من الثمن انفك نصيبه من الرهن على أحد القولين ،
وهل للبائع الخيار بخروج بعض الرهن عن يده قبل كمال حقه ؟ .

قال الشافعى رحمه الله : ان كان البائع عالما بأنه يشتريه لنفسه
ولشريكه وأن الرهن مشترك بينهما فلا خيار له ، وان كان يعتقد
أنه اشترى لنفسه على الخصوص أو لشريكه ، وأن الرهن لواحد
فله الخيار ، وكذلك في هذه المسألة ولا دليل في ذلك ، على أن القفال
يقول بالتعدد لتعدد الوكيل في الشراء ، ولا يخالفه ، كما تقدمت الحكاية
عنه في موافقة أبى اسحاق ، ولكن مأخذه ما ذكر ، وانما ذكرت ما قاله

مع الأوجه في تعدد الصفة واتحادها ، لأننا نحتاج اليه في هذا المكان ،
 إذ المقصود ههنا ما يترتب على هذا الأصل من الفروع في الرد ،
 ولا بد من التفريع عليه ، وقد يجيء في بعض الفروع بسببه ستة أوجه ،
 وضعف القاضي حسين قول أبي إسحاق ، ورأى أن الصحيح مأخذ
 ابن الحداد ومأخذ أبي زيد ، وأن أصلهما أن وكيل الشراء هل يطالب
 بالثمن ؟ ووكيل البيع هل يطالب بتسليم المبيع ؟ .

(فروع) على هذا الأصل (منها) لو اشترى وكيل لرجل
 شيئاً فخرج معيياً فإن قلنا بالأصح وهو اعتبار العاقد مطلقاً ، أو لقول
 أبي إسحاق ، فليس لأحد الوكيلين أفراد نصيبه بالرد ، وبه قطع
 الماوردي ، وقاسه جماعة على ما لو اشترى ومات عن اثنين وخرج
 معيياً لم يكن لأحدهما أفراد نصيبه بالرد ، وهل لأحد
 الموكلين والاثنين أخذ الأرش ؟ سيقع التعرض له ان شاء الله
 تعالى عند ذكر المصنف مسألة الاثنين في آخر الفصل
 ان شاء الله تعالى ، فهذا اذا قلنا بقول ابن الحداد وهو الأصح ،
 ويوافقه هنا قول أبي إسحاق ، وان قلنا بقول أبي زيد جاز لكل من
 الموكلين أفراد نصيبه بالرد ، وكذلك على الوجه الذي حكاه صاحب
 التتمة ، والوجه الذي حكاه القاضي حسين على رأى القفال يفرق بين
 علم البائع وجهله ان علم جاز لأحدهما أن يرد نصيبه ، وان جهل
 فلا لأنه لم يرض بتعيين الملك عليه كذلك تقدم عن صاحب التتمة ،
 وقاله القاضي حسين وصاحب التهذيب ولم يعينا قائله ، فحصل في
 هذا الفرع ثلاثة أوجه .

(ومنها) لو وكل جلان ببيع عبد لهما ، أو وكل أحد الشريكين
 صاحبه فباع الكل ، ثم خرج معيياً ، هل الأصح وهو قول ابن الحداد :
 لا يجوز للمشتري رد نصيب أحدهما ؟ وعلى الثلاثة الأوجه الآخر
 يجوز ، وعلى الخامس يقتضى أن لا يجوز . وحكى الماوردي الوجهين
 هنا مع قطعه بالمنع أن التوكيل بالشراء كما تقدم يخالف بين الصورتين ،
 وهو يقتضى طريقة بأن العبرة في جانب الشراء بالعاقد ، وفي جانب
 البيع وجهان ، ولذلك أبديت فيما تقدم نظراً في قول من نسب قول
 أبي زيد الى أئمة العراق .

(ومنها) لو وكل رجلين في بيع عبده فباعه لرجل ، فعلى الوجه الأول يجوز للمشتري رد نصيب أحدهما ، وعلى الأوجه الأربعة الآخر لا يجوز .

(ومنها) على ما قاله الرافعي : لو وكل رجلان رجلا في شراء عبد ، أو وكل رجلا في شراء عبد له ولنفسه ففعل وخرج العبد معيبا ، فعلى الوجه الأول والثالث ليس للموكلين افراد نصيبه بالرد ، وعلى الثاني والرابع يجوز .

وقال القفال : ان علم البائع أنه يشتري لهما فلاحدهما رد نصيبه لرضا البائع بالتبويض وان جهله ، قلت : وهذا الفرع هو الأول بعينه ، وقد تكرر ذلك في الشرح والروضة . وأظن الحامل على ذلك أن صاحب التهذيب ذكر هذا الفرع كما هو هنا ، وذكر الحكم فيه بالرد ثم أعاده لأجل الكلام في الأرض ، وغير عبارته فقال : اذا اشترى رجل بوكالة رجلين لهما شيئا فذكرهما الرافعي بالعبارتين وقدم الثاني على الأول ، وذكر حكم الرد في الموضعين ، وكان يستغنى بالأول عن الثاني . وتبعه في الروضة على ذلك ، والله أعلم .

(فرع) نقل ابن الرقعة هذا الفرع المتقدم لو كان المشتري واحدا لنفسه ولموكله ، وصرح بذلك في العقد ، فهل لأحدهما أن ينفرد بالرد ؟ فيه وجهان . واختيار أبي إسحاق لا . . والثاني وهو الأصح وبه قال ابن أبي هريرة نعم . . لأنهما بالذكر صارا كما لو باشرا ، حكاه صاحب البحر والقاضي أبو الطيب في كتاب الشركة .

(قلت :) وذلك مخالف لما ذكر أنه لا يصح هنا (والأصح) ما ذكرناه هنا ، لأن الأصح أن الوكيل مطالب بالمعده وان صرح بالمباشرة .

(ومنها) لو وكل رجلان رجلا في بيع عبد ، ورجلان رجلا في شراء ، فتبايع الوكيلان فخرج معيبا ، فعلى الأوجه (الأول) لا يجوز التفريق ، وعلى (الثاني) و (الرابع) يجوز غلها أن يردها على أحد البائعين نصف العبد ، ولأحدهما أن يردها النصف عليهما ، وله رد الربع

من أحدهما لأنه جميع ما يملكه عليه ، وعلى (الثالث) في جانب المشتري متحد دون البائع ، فيكون حكمه حكم الواحد يشتري من رجلين ، فلهما أن يردها نصيب أحد البائعين ، وليس لأحدهما أن يرده نصيبه عليهما ، وعلى (الخامس) يقتضى أنه كما لو اشترى اثنان من واحد عكس الثالث ، فكل من الموكلين في الشراء رد حصته بكاملها ، وليس له رد نصفها على أحد الموكلين في البيع وعلى ما قاله القفال يفرق بين العلم والجهل كما تقدم ، فهذه خمسة أوجه في هذا الفرع .

وصاحب التتمة حكى فيه خمسة أوجه أيضا ، لكنه لم يحك الوجه الذى قاله القاضى حسين ، وإنما ذكر الوجه الذى تقدمت حكايته عنه ، والذى يظهر في هذا الفرع أنه يتجه التفريع عليه ، وعلى الثانى كما قدمت .

وأما الرافعى رحمه الله فإنه اختصر جدا . وقال : فعلى الوجه الأول لا يجوز التفريق ، وعلى الوجه الآخر يجوز ، هكذا رأيته في النسخة ، الوجه الآخر والمراد به قول أبى زيد ، ويكون قد يدل التفريع على بقية الوجوه الأربعة التى ذكرها في الروضة وبعض نسخ الرافعى ، وعلى الأوجه الأخرى يجوز ، فمقتضاه أنه يجوز على الوجه الثانى والثالث والرابع . فأما جوازه على الثانى والرابع فصحيح على إطلاقه كما تقدم . وأما على الثالث فليس على إطلاقه وقد تقدم بيانه .

(ومنها) وكل رجل رجلين في بيع عبد ، وكل رجل آخرين في شراء ، فتبايع الوكلاء ، فعلى الوجه الأول يجوز التفريق . قال الرافعى والنووى : وعلى الوجوه الأخرى لا يجوز ، والأمر كما قاله على الوجه الثانى مطلقا . وأما على الثالث فيكون كما لو اشترى اثنان من واحد ، وعلى الرابع كما لو اشترى واحد من اثنين ، وعلى الخامس كذلك ، ولا يخفى الحكم في ذلك ، والرافعى رحمه الله لم يذكر الوجه الخامس في أصل المسألة ، فحصل في هذا الفرع أربع طرق . وهذه الفروع الخمسة ذكرها الرافعى رحمه الله وتقدمه بذكرها جماعة ، وهى في الرافعى والروضة ستة للتكرار الذى تقدم التنبيه عليه .

(ومنها) ولم يذكره الرافعي : لو وكل الواحد رجلين في الشراء دون البيع قال القاضي حسين : فعلى طريقة ابن الحداد والشيخ أبي إسحاق للموكل أن يرد النصف ، وعلى طريقة أبي زيد ليس له رد النصف . قلت : وعلى ما حكاه صاحب التتمة والذي حكاه القاضي حسين أيضا ليس له الرد ، ولا يأتي هنا الوجهان .

(فرع) إذا صدر العقد بالوكالة فذلك على ستة عشر قسما ، لأنه إما أن يتحد وكيل البيع ووكيل الشراء وموكلاهما ، وإما أن يتعدد الجميع ، وإما أن يتحد واحد فقط وهو أربعة . وإما أن يتعدد واحد فقط ، وهو أربعة ، وإما أن يتعدد اثنان وهو ستة تقدم من هذه الأقسام الستة عشر ستة في الفروع الستة المذكورة ، وهي إذا تعدد واحد فقط بصورة الأربعة ، وقسمان من تعدد الاثنین وهما تعدد الوكيلين ، وتعدد الموكلين ، وبقيت عشرة منها اتحاد الجميع ولا حاجة اليه هنا ، والتسعة الباقية لا يخفى تدبرها وتفريعها على الفقيه ، وإذا أخذ مع هذه الأقسام تعدد العين المبيعة واتحادها كانت الأقسام اثنين وثلاثين فرعاً ويحتاج الفقيه في حكم كل منها وتفريعه الى تيقظ ، والله أعلم .

(فرع) فأما إذا جرى العقد بوكالة من أحد الطرفين فقط فستة عشر مسألة لأن العاقد لنفسه إما واحد أو متعدد . وعلى التقديرين فالوكيل مع موكله أربع صور صارت ثمانية مضروبة في تعدد المبيع واتحاده ، فهذه ستة عشر في البائع ومثلها في المشتري ، وقبلها اثنان وثلاثون ، وقبلها فيما إذا كان العقد بغير وكالة ثمانية ، وكل منها إما أن يفصل فيه الثمن أو لا ، ولولا التطويل لذكرت كل صورة من ذلك وهكهما وما يقتضيه التفريع فيها ، ولكن معرفة الأصل كافية للتبيين ، والله أعلم .

وانما ذكرت تعدد المبيع واتحاده وان لم يكن له أثر في تعدد الصفقة ، لأن له أثراً في الرد بالعيب الذي نتكلم فيه كما تقدم ، والله تعالى أعلم .

(فرع) هذا كله اذا جرى العقد بصيغة واحدة ، فلو جرى بصيغتين لكل منهما حكمها ، وقد تقدم التنبيه على كل ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان مات من له الخيار انتقل الى وارثه لانه حق لازم يختص بالمبيع فانتقل بالموت الى الوارث ، كحبس المبيع الى أن يحضر الثمن) •

(الشرح) قوله : لازم احتراز من الحقوق الجائزة التي تبطل بالموت كالوكالة والشركة وخيار القبول وخيار الاقالة وخيار المكاتب ونحو ذلك (وقوله) يختص بالمبيع احتراز من خيار الرجوع في الهبة والعيب في المنكوحة ، هكذا ذكره المتكلمون على المذهب •

وقال أبو الطيب في تعليقه : يتعلق بعين المبيع وجعله احترازا من الأجل ، فانه يتعلق بما في الذمة ، والأعيان لا تقبل التأجيل ، وصورة المسألة اذا مات المشتري قبل الاطلاع على العيب أو بعد الاطلاع وقبل التمكن من الرد أو يحدث العيب قبل القبض بعد موت المشتري ، ويقدر ثبوته للميت ثم ينتقل كما في سائر الأمور التقديرية ، وهذا الحكم من كون خيار العيب ينتقل للوارث لا خلاف فيه ، وقل من صرح به هنا ، ولكن في خيار الشرط حيث يذكرون الخلاف فيه بيننا وبين الحنفية يقيسونه على خيار العيب •

(قاعدة) الحقوق في المذهب (منها) ما يورث قطعا (ومنها)

ما لا يورث قطعا (ومنها) ما فيه خلاف ، وجملة ما يحضرني من الحقوق الآن خيار الرد بالعيب ، وخيار الشفعة ، وخيار الفلس ، وحق حبس المبيع والرهن والضمان ، ومقاعد الأسواق ، وخيار الشرط ، وخيار تلقى الركبان ، وخيار تفريق الصفقة وخيار الامتناع من العتق ، وخيار الخلف ، وحق الحجر ، وحق اللقطة ، وحق المرور ، والاختصاص بالكلب ، وجلد الميتة ونحوهما • وخيار المجلس وقبول الوصية وحق القصاص وحد القذف والتعزير وخيار الرؤية اذا أثبتناه والتحالف والعارية والوديعة والوكالة والشركة والوقف والولاء ،

والخيار في النكاح خيار القبول، وخيار الاقالة ، وخيار الوكيل ، وحق الرجوع في الهبة وحق الأجل والتعيين والتبيين في ابهام الطلاق ، وفي نكاح المشرك ، وتفسير الاقرار بالمحمل ، والله تعالى أعلم .

(فرع) لو قطع ابن المشتري يد العبد المبيع قبل القبض ثم مات المشتري قبل التمكن من الاختيار وانتقل الارث الى الابن القاطع ، هل له الخيار بحق الارث ؟ قال الرويانى : يحتمل أن يقال : له الخيار لأنه يستفيد الخيار عن المورث لا عن نفسه بدليل أنه لو رضى بالعيب في حياة المورث ثم مات الأب كان له الخيار فاذا صح هذا فان اختار اجازة البيع لم يغرم شيئا للقطع لأنه ملكه . وان فسخ كان عليه نصف القيمة ويسترجع الثمن . وفي القول الآخر يغرم نقصان القيمة الحاقا للمماليك بالأموال .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كان له وارثان فاختار أحدهما أن يرد نصيبه دون الآخر لم يجز ، لأنه تبعض صفقة في الرد . فلم يجز من غير رضا البائع كما لو أراد المشتري أن يرد بعض المبيع) .

(الشرح) هذا الذى ذكره المصنف رحمه الله هو الصحيح ، وهو قول ابن الحداد ، وقطع به جماعة منهم القاضى حسين والامام ، ومن صححه الرافعى والجرجانى ، وقال الفورانى : انه ظاهر المذهب . واستدلوا له بأن أحد الاثنين لو سلم نصف الثمن لم يلزم البائع تسليم النصف اليه ، وبأنهما قائمان مقام المورث ولم يكره له التبعض . وهذا هو استدلال المصنف رحمه الله . واحترز بقوله : تبعض عن خيار الشرط ، وبقوله الصفقة أى الواحدة عن المشتري وفيه وجه أنه ينفرد أحد الوارثين برد نصيبه لأنه جميع ماله حكاه الرافعى . ونقله أبو اسحاق العراقى عن حكاية أبى على محتجا بالصحيح المشهور فى المكاتب اذا ورثه اثنان فأعتق أحدهما نصيبه أنه ينفذ والفرق بينهما ظاهر . ونظره ابن الرفعة بقوله فى الراهن اذا مات وخلف اثنين فوفى أحدهما من الدين بقدر نصيبه أنه ينفذ نصيبه وبالجمله هذا

الوجه ضعيفاً (واذا قلنا) به فلا أرش وعلى الأول هل يجب الأررش للذى منعناه من الرد ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجب ونسبه الرويانى الى ابن الحداد لتعذر الرد كما بالتلف (والثانى) لا يجب ، لعدم اليأس ، فإنه يرجو موافقة صاحبه ، قاله القاضى حسين ، والأصح التفصيل ان حصل اليأس بأن علم الآخر بالعيب وأبطل حقه ، أو توانى مع الإنكار ، رجع هذا بالأررش ، وإن كان يرجو موافقة صاحبه لغيبته أو حضوره مع عدم اطلاعه فلا . وهذا من القاضى رحمه الله قد يوهم أن فى المسألة ثلاثة أوجه (أحدها) أنه لا يجب الأررش مطلقا وإن حصل اليأس ، لكن الذى قاله الامام وصاحب التهذيب والرافعى وجزموا به وجوب الأررش فى حالة اليأس ، وهو الظاهر ، فليكن قول القاضى محمولا على أنه أراد تنزيل الوجهين على ذلك . وعلته فى الوجه الثانى ترشد الى أن محله عند عدم اليأس . وكلام الرويانى يدل على ذلك ، فإنه حكى قول الرد وقول آخذ الأررش ، وقول التفصيل . كما قاله القاضى ونسبه الى القفال . وكذلك فعل صاحب التتمة قطع حالة اليأس بوجوب الأررش .

وحكى الوجهين حالة عدم اليأس لوجود التعذر والكلام فى الوارثين كما صرح به القاضى حسين . والرافعى أجاز تعيينه فيما اذا وكل اثنان واحدا بالشراء . ومنعنا كلاما من الموكلين من الانفراد برد نصيبه ، فهل له الأررش ؟ فيه الخلاف المذكور ، فيحصل بذلك مع الوجه الذى حكاه الرافعى رحمه الله فى مسألة الوارثين ثلاثة أوجه (أصحها) لا يرد ، ويأخذ الأررش ان أيس (والثانى) لا يرد الأررش (والثالث) يرد .

وقولنا هنا على الأول أنه يأخذ الأررش ، أى هل هو على سبيل التعيين ؟ أو للبائع أن يسقطه بالرضا بالرد الذى ذكره البغوى ، وكذلك قطع الماوردى فى مسألة الوارثين بأن البائع بالخيار بين أن يسترجعه بنصف الثمن وبين أن يعطى نصف الأررش ، وهذا يقتضى أنه لا يكون هو الوجه الأول ، ويكون المراد أنه يأخذ الأررش أى ان لم يوافق البائع على الرد .

وليس المراد أنه يجب الأررش عينا ، رضى البائع أو سخط ، ويعضد

هذا الاحتمال أن قول المنع الذي هو الصحيح منسوب الى ابن الحداد كما تقدم ، وهو مع ذلك قائل كما قاله القاضي أبو الطيب في شرح الفروع أنه اذا طلب أحد الاثنين الأرض يجبر البائع ، كما قاله المسوردي ، فعلى هذا اذا رضى البائع بالرد وسقط حق المشتري من الأرض ، ويحتمل أن يكون كل من الكلامين محمولا على ظاهره فيكون في المسألة أربعة أوجه ، والاحتمال الأول حتى يكون قول ابن الحداد مطبقا على ما هو الصحيح ، ويدل عليه كلام صاحب التهذيب ، والتحقيق في ذلك أنا ان جعلنا المانع كون الصفقة متحدة ، ولا يقبل التفريق شرعا فيمتنع ويجب الأرض عينا ، وليس للبائع الرضا بالرد واسقاط حق المشتري من الأرض ، وان جعلنا المانع الضرر الحاصل للبائع بالتبعض ، فاذا رضى بالرد فقد رضى بحصول الضرر له ، فيبطل حق المشتري من الأرض •

(وأما) الرافعي رحمه الله فانه قال تبعنا لصاحب التهذيب في مسألة الاثنين ، والموكلين في الشراء اذا منعنا أحدهما عن الانفراد أنه حصل اليأس عند رد الآخر فان رضى به وجب الأرض ، هذا وان لم يحصل فكذلك على الأصح ، فأما جزمه بالأرض عند اليأس الحقيقي فجيد وهو موافق لما تقدم عن الامام ، وقد تقدم أن كلام القاضي يوهم جريان الخلاف فيه وتأويله ، وأما بقية الكلام عليه ففيه مناسبة في قوله : ان اليأس عن رد الآخر بأن رضى به وجب الأرض • هذا وان لم يحصل فذلك يحصل برضا الآخر وقد تقدم هو عن الامام وقدمته عنه أن اليأس باعتاق الآخر وهو معسر •

(وأما) الرضا فانه قدم فيه خلافا عن الامام مبني على أنه لو اشترى نصيب صاحبه وضمه الى نصيبه وأراد زده والرجوع بنصف الثمن ، هل يجبر البائع على قبوله (ان قلنا) لا ، وجب الأرض والا فكذلك في الأصح فقطعه هنا بأن الرضا يحصل به اليأس مخالف لما ذكر هناك •

وأما قوله : ان الأصح وجوب الأرض — اذا لم يحصل الرضا — فهو فيه موافق لصاحب التهذيب ، وذلك مخالف لما صححه القاضي

حسين ، والترجيح بين التصحيحين متوقف على تحقيق المأخذ في وجوب الأرش وهل هو اليأس أو لا ؟ والأول هو الذي يقتضيه كلام الشافعي رضي الله عنه ، وسأذكره عند ما اذا باع المبيع ثم اطلع على عيبه ان شاء الله تعالى ، واذا تحقق ذلك ظهر أن الأصح ما قاله القاضي حسين والا فالأصح على ما قاله الراغب واليغوى .

(فرع) اذا أوجبنا الأرش للممنوع من الرد ، فهل هو أرش النصف ، أو نصف الأرش ؟ قد تقدم في كلام الماوردي في الاثنين (الثاني) وهو كذلك فان الصفقة واحدة ، وأحد الوارثين يستحق نصف ما كان المبت يستحقه ، وهو مستحق عند تعذر الرد الأرش كاملاً فيستحق أحد وارثيه عند تعذر الرد نصفه وأما أحد الموكلين في الشراء فمن حيث كون الصفقة واحدة اعتباراً بالوكيل على الأصح لنسبة مسألة الاثنين ، وفيه نظر من جهة أنهما لا يتلقيان استحقاق الأرش من غيرهما حتى ينقسم بينهما ، وانما يثبت لكل واحد أرش نقصان ملكه وقد يكون أرش النصف أقل من نصف الأرش لأننا نشبته من قيمة النصف ، وقيمة النصف أقل من نصف القيمة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجد العيب وقد زاد المبيع نظرت — فان كانت الزيادة لا تتميز كالسمن — واختار الرد مع الزيادة ، لأنها لا تنفرد عن الأصل في الملك ، فلا يجوز أن ترد دونها) .

(الشرح) الزيادة المتصلة التي لا تتميز كالسمن ، وتعلم العبد الحرفة والقرآن وكبر الشجر ، وكثرة أغصانها تابعة ، يرد الأصل ولا شيء على البائع بسببها ، ويجبر البائع على قبول العين زائدة ، وأوراق شجرة الفرساد اختلف الأصحاب في أنها كالأغصان أو كالثمار ، وأوراق سائر الأشجار كالأغصان ، قالهما الامام رحمه الله ، ولو اشترى غزلاً فنسجه ، ثم علم به عيباً . قال الماوردي : حكى ابن سريج فيه قولين .

(أحدهما) يتخير المشتري بين الرد ولا أجرة له عن النسيج وبين الإمساك وأخذ الأرش ، لأن النساجة أثر لا عين .

(والثاني) أن البائع أن بذل الأجرة فله أن يسترده منسوجا ،
وان امتنع لزمه الأرض ، لأن النساجة زيادة عمل في مقابلة عوض ،
قال الروياني : وهذا أصح عندي ، ولا يجوز غيره ، قال المحاملي :
وفي هذا نظر وأن خيار البائع إنما يترتب على امساك المشتري ،
وطلب الأرض ، فكيف يجعل قولاً ثانياً ؟ •

بل يتحصر الجواب في المسألة بأن نقول : المشتري بالخيار بين
الرد ، ولا أجرة له وبين الامساك وأخذ الأرض ، فإن اختار الامساك
كان للبائع دفع أجرة النسيج والرد ، فإن اختار ذلك أجبر المشتري ،
وان لم يختار أجبر البائع على دفع الأرض وقال صاحب التهذيب : لو زاد
المشتري في المبيع شيئاً يصنعه بأن كانت داراً فعمرها أو ثوباً فصنعه ،
ثم اطلع على عيب أن أمكنه نزع الزيادة من غير نقص نزعها ورد
الأصل ، وان لم يمكنه ، فإن رضى البائع بأن يردده ويبقى شريكاً في
الزيادة رد ، وان امتنع أمسكه ، وأخذ الأرض ، وسيأتى فرع طويل
في الصبغ فيه زيادة على ما قال صاحب التهذيب هنا ، أذكره ان شاء الله
عند الكلام فيما إذا نقص المبيع •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كانت زيادة منفصلة كاكساب العبد ، فله أن يرد ويمسكه
الكسب لما روت عائشة رضي الله عنها « أن رجلاً ابتاع غلاماً فأقام
عنده ما شاء الله أن يقيم به ثم وجد به عيباً فخاصمه الى النبي
صلى الله عليه وسلم ورد عليه ، فقال الرجل : يا رسول الله •• قد استقل
غلامي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الخراج بالضمن ») •

(الشرح) حديث عائشة هذا رواه أبو داود وابن ماجه والحاكم
في المستدرک وقال : صحيح الاسناد ولم يخرجاه • وقد روى حديث
عائشة هذا مطولاً كما ذكره المصنف رحمه الله ومختصراً غلطولاً من
رواية مسلم بن خالد الزنجي شيخ الشافعي عن هشام بن عروة
عن أبيه عن عائشة ، كذلك رواه الشافعي في الأم ، ورواه الأئمة
المذكورون • وقد وثق يحيى بن معين رحمه الله مسلم بن خالد يسأله

العباس بن محمد عنه فقال : ثقة ، وكذلك قاله في رواية الدارمي عنه ،
لكن البخاري رحمه الله قال عنه : انه منكر الحديث ، وقال أبو داود
عقب روايته لهذا الحديث : هذا اسناد ليس بذاك .

وأما المختصر فلم يذكر فيه القصة ، واقتصر على قول النبي صلى
الله عليه وسلم : « الخراج بالضمان » رواه أيضا مسلم بن خالد عن
هشام ، ورواه عنه الشافعي رحمه الله في الأم ، وتابع مسلما على
روايته هكذا عمر بن علي المقدمي ، وهو ثقة متفق على الاحتجاج بحديثه .
رواه الترمذي عن أبي سلمة يحيى بن خلف الجوباري وهو ممن روى
عنه مسلم في صحيحه عن عمر بن علي ، وهذا اسناد جيد ، ولذلك قال
الترمذي فيه : هذا حديث حسن صحيح غريب من حديث هشام
ابن عروة ولفظ الترمذي في هذه الرواية : « أن النبي صلى الله عليه
وسلم قضى أن الخراج بالضمان » وقد روى مختصرا أيضا من
طريق هي أشهر من هذه وإن كانت هذه أحسن وأصح عن مغلذ بن خفاف
عن عروة ، رواه الشافعي رضي الله عنه في الأم والمختصر . رواه
المختصر عن لا يتهم عن ابن أبي ذؤيب ، وفي الأم عن سعيد بن سالم
عن أبي ذؤيب ، ورواه أبو داود والترمذي وقال : حسن والنسائي
والحاكم في المستدرک من جهة جماعة عن أبي ذؤيب عن مغلذ .

وعن مغلذ قال : ابتعت غلاما فاستغليته ثم ظهرت منه على عيب
فخاصمته فيه الى عمر بن عبد العزيز ، فقضى له برده وقضى على
برد غلته ، فأتيت عروة فأخبرته فقال : « أروح اليه العشية فأخبره أن
عائشة أخبرتني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في مثلي
هذا أن الخراج بالضمان فعجلت الى عمر فأخبرته ما أخبرني عروة ،
فقال عمر : فما أيسر على من قضاء قضيته ، الله يعلم أني لم أر فيه
الا الحق ، فبلغني فيه بسنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فراح
اليه عروة فقضى له أن أخذ الخراج من الذي قضى به على له » .

وقد تكلم في مغلذ واسناده هذا ، فقال الأزدي : مغلذ بن خفاف

ضعيف وسيد^(١) أبو حاتم عنه فقال : لم يرو عنه غيره ابن أبي ذؤيب ،
وليس هذا اسنادا تقوم به الحجة ، يعنى الحديث ، وعن البخارى أنه
قال : هذا حديث متكر ولا أعرف لمحمد بن خفاف غير هذا الحديث ،
قال الترمذى فقلت له : فقد روى هذا الحديث عن هشام بن عروة
عن أبيه عن عائشة رضى الله عنها ، فقال : انما رواه مسلم بن خالد
الزنجى وهو راى الحديث .

وقال الترمذى بعد رواية المقدمى : استغرب محمد بن اسماعيل
— يعنى البخارى — هذا الحديث من حديث عمر بن على ، قلت : يراه
تدليسا ، قال : لا ، واذا وقفت على كلام هؤلاء الأئمة رضى الله عنهم
قضيت بالصحة على الحديث كرواية المقدمى ، لاسيما وقد صرح
البخارى بانتفاء التدليس عنها ، وان كانت غريبة . وقضاء عمر
ابن عبد العزيز بهذا كان فى زمن امرته على المدينة . قال الترمذى :
والعمل على هذا عند أهل العلم ، قال : وتفسير « الخراج بالضمنان »
هو الرجل يشتري العبد فيستغله ثم يجد به عيبا فيرده على البائع ،
فالغلة للمشتري ، لأن العبد لو هلك هلك من مال المشتري ونحو هذا
من المسائل يكون فيه الخراج بالضمنان . وقال الأزهري : الخراج
الغلة ، يقال خارجت غلامى اذا وافقته على شئ وغلة يؤديها اليك
فى كل شهر ويكون مخلى بينه وبين كسبه وعمله .

قال الشيخ أبو حامد : ومنه خراج السواد لأن الفلاحين كانوا
يعطون شيئا من الغلة عن الأرض . وقال الماوردى رحمه الله :
الخراج اسم لما خرج من الشئ من عين ومنفعة وقال القاضى أبو الطيب :
الخراج اسم للغلة والفائدة التى تحصل من جهة المبيع ، ويقال للعبد
الذى ضرب عليه مقدار من الكسب فى كل يوم أو كل شهر : مخارج .

قال : وقولنا : « الخراج بالضمنان » معناه أن الخراج لمن يكون
المال يتلف من ملكه فلما كان المبيع يتلف من ملك المشتري لأن

(١) كذا بالأصل ولعلها عبارة ترادف : « وذكر أبو حاتم » والله أعلم .
(المطيمى)

الضمان انتقل اليه بالتقبض كان الخراج له ولا يدخل على هذا ضمان
المغصوب على الغاصب لأنه ليس له وانما هو ملك المغصوب منه
مضمون على الغاصب . والمراد بالخبر أن يكون ملكه مضمونا على
المالك ، وهو أن يكون تلفه من ماله فاذا كان تلفه من ماله كان خراجه
له . ووزانه أن يكون خراج المغصوب للمغصوب منه ، لأن ملكه وتلفه
منها من ماله .

والشيخ أبو حامد اعتذر عن هذا بأنه لم يقل الخراج بالضمان
مطلقا ، وانما قالت عائشة رضى الله عنها : « قضى في مثل هذا أن
الخراج بالضمان » وفي ذلك الموضع كان الشيء ملكا له وقد حصل
في ضمانه ، وكل موضع يكون ملكا والضمان منه تكون الغلة له .
والمغصوب والمستعار والوديعة اذا تعدى فيها كل هذه المواضع لا ملك
فلم تكن الغلة له . وهذا المعنى من كون المراد أن الخراج تابع للملك
والضمان هو المعتمد ، ولا خلاف أن عدم الملك لا يكون الخراج له .
وقد رأيت في كتاب الأزهري على ألفاظ الشافعي رحمه الله أنه اذا
اشترى الرجل عبدا بيعا فاسدا فاستغله أو اشتراه ببيع صحيح فاستغله
زمانا ثم عثر منه على عيب فردده على صاحبه ، فإن الغلة التي استغلهها
من العبد وهى الخراج طيبة للمشتري ، لأن العبد لو مات مات من
ماله لأنه كان في ضمانه فهذا معنى الخراج بالضمان . وهذا الذى قاله
الأزهري رحمه الله في البيع الفاسد غلط لا يأتى على مذهبنا .

واعلم أن ما حكيت من كلام الأصحاب يقتضى أن اسم الخراج
شامل للعين والمنفعة بالنص ، وكلام الشافعي رحمه الله في الرسالة
يقتضى خلاف ذلك ، وأنه قاس ما خرج من ثمر حائط وولد على
الخراج ، وأن الشاة المصراة اذا رضيعها ثم اطلع على عيب آخر بها
بعد شهر ردها ، ورد بدل لبن التصرية معها صاعا ، وأمسك اللبن
الحادث قايما .

قال ابن المنذر : قال بظاهر قوله : « الخراج بالضمان » شريح
والحسن البصرى وإبراهيم النخعي وابن سيرين وسعيد بن جبير ،

وبه قال مالك والثوري والشافعي وأبو اسحاق وأبو عبيد وأبو ثور •
 قال مالك في أصواف الماشية والشعور كذلك وقال في أولاد الماشية
 يردّها مع الأمهات (١) وقد ذكر أبو ثور عن أصحاب الرأي أنهم ناقضوا
 فقال في المشتري : إذا كانت ماشية فطلبها أو نخلا أو شجرا فاكل من
 ثمرها لم يكن له أن يرد بالعيب ويرجع بالأرث ، وقال في الدار والداية
 والغلام : الغلة له ويرد بالعيب •

(قلت) قسم بعض أصحابنا الحاصل للمشتري من المبيع ، أما
 أن يكون غير متولد من العين أو متولدا منها ، فالأول أما منافع
 كاستخدام العبد وتجارته وما اعتاد اصطياده واحتطابه واحتشاشه
 وقبول الهدية والوصية ووجدانه ركازا أو لقطة ، ومهر الجارية إذا
 وطئت بالشبهة وأجرة المبيع إذا أجره وأخذ أجرته ، فكل ما حصل من
 ذلك — نادرا كان أو معتادا — للمشتري أن يستأثر به ويمسكه ويرد
 المبيع وحده ، ويسترجع جميع الثمن قولاً واحداً ، لا خلاف في ذلك
 للحديث ، هكذا قاله جماعة •

وعن الراعي في تلف المبيع قبل القبض أن الموهوب والموصى به
 والركاز والكسب على الخلاف ، وسيأتي عن القاضي حسين ما يقتضي
 جريان الخلاف في المهر قبل القبض عند التلف ، وقد حكى عن عثمان
 الليثي وعبد الله بن الحسن أنه يلزمه رد غلة العبد حقه ، وقال عبيد الله :
 ويرد الهبة التي وهبها أيضا • وكان شبهتهما أن الفسخ يرفع العقد
 من أصله ، وسيظهر الجواب عنه ان شاء الله تعالى • وعن أبي حنيفة
 أنه ان رد قبل القبض رد الكسب والغلة وجميع ما ليس من غير الأصل
 مع الأصل ، وان رد بعض القبض ولا يمنعه ذلك من الرد ، وما أظن
 أحدا يقول انه يجب عليه رد أجرة استخدامه للعبد وتجارته له ،
 وسكنى الدار ومركوب الدابة ونحوه مما هي منافع محضة لا أعيان
 فيها ، ولو قال : ان الفسخ يرفع العقد من أصله ، ووجه الاعتذار على
 ذلك لعله يتعرض له فيما بعد عند ذكر هذا الأصل ان شاء الله تعالى •

(١) سبق للإمام النووي ترجيح قول من اطلق الامات على الحيوان
 والامهات في الانسان •
 (المطيعي)

(**فائدة أخرى**) الموجود في النسخ في لفظ الحديث قد استعمل غلامين (١) — بالعين المعجمة واللام المشددة — وضبطه صاحب الاستقصاء — بالعين المهملة وميم بعدها وتخفيف اللام — وكل ما ذكر في العبد فمثله في الأمة إلا الوطء فسيأتى حكمه إن شاء الله تعالى ، وإلى هذا القسم أشار المصنف رحمه الله بقوله : اكتساب العبد ، وكذلك سكنى وركوب الدابة ، كل ذلك أدخله الأصحاب في اسم الغلة ، وإن كان قد لا يشمل اسم الزوائد الذي تضمنه كلام المصنف إن شاء الله تعالى ، وأما المتولد فسيأتى حكمه في كلام المصنف .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(**وإن كان المبيع بهيمة فحملت عنده وولدت أو شجرة فثمرت عنده رد الأصل وأمسك الولد والثمرة ، لأنه نماء منفصل حدث في ملكه فجاز أن يفسكه ويرد الأصل كغلة العبد**) .

(**الشرح**) هذا هو القسم الثانى أن تكون الفوائد الحاصلة أعيانا متولدة من غير المبيع ، كالولد والثمرة واللبن والصوف الحادث بعد العقد ، وأوراق الفرساد على أحد الوجهين كما تقدم ، وقد اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة مذاهب . مذهبنا أنه يمسك الثمار والفوائد الحاصلة ، ويرد الأصل بالعيب إذا لم يكن قد نقص بذلك ، يعنى فلا يغيره ، وبه قال أحمد وأبو حنيفة : لا يكون له الرد ويأخذ الأرض . وقال مالك : يرد مع الأصل الزيادة التى هى من جنس الأصل ، وهى الولد ، ولا يرد ما كان من غير جنسه كالثمرة ، بل يرد الأصل وحده ، فوافقنا على الرد وخالفنا في امساك النتائج ، وأبو حنيفة رحمه الله خالفنا في الرد ، ومعتمدنا في جواز الرد وجود العيب . وفي امساك الفوائد الحديث ، فإن الخراج يشمل كل ما خرج عينا كان أو منفعة ، وقد ورد في رواية أخرى أن الغلة بالضم ، والغلة تشمل الثمرة وغيرها والمصنف رحمه الله جعل الدليل في ذلك القياس على غلة العبد التى ورد النص

(١) كذا بالأصل ولعله : « غلاما » .

فيها ، وأبو حنيفة يسلم الحكم فيها قبل القبض ، ومالك رحمه الله
يسلم الحكم فيها مطلقا .

ومعتمد المخالفين أمران (أحدهما) أن الفسخ رفع للعقد من أصله ،
وهذه قاعدة يبنى عليها غرور هذا الفصل . وقد اختلف أصحابنا
فيها ، والمذهب الصحيح وبه قال ابن سريج أن الفسخ يرفع العقد
من حينه لا من أصله ، لأن العقد لا ينعطف حكمه على ما مضى ، فكذلك
الفسخ ، وبدليل أنه لا يسقط به الشفعة ولو انفسخ من الأصل
لسقطت ، ولأنه لو باع عبد الجارية فأعتق الجارية ثم رد العبد بالعيب
لم يبطل العتق به ، ولو كان فسخا من الأصل لبطل ، ولا فرق في ذلك
بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده . وفيه وجهان آخران
(أحدهما) أنه ان اتفق قبل القبض يرفعه من أصله ، لأن العقد ضعيف
بعد ، فإذا فسخ فكأنه لا عقد يخالف ما بعد القبض ، ولا فرق
في ذلك كما اقتضاه كلام الامام بين أن يكون العيب مقارنا للعقد
أو حدث قبل القبض ، قال ابن الرغفة : وفي الثاني نظر ، كيف يتقدم
على سببه ، ولعل ذلك لأن ما قبل القبض ملحق بما قبل العقد في الضمان
وفي ذلك أيضا .

(والثاني) أنه يرفعه من أصله مطلقا تخريجا من القول بوجوب مهر
المثل اذا فسخ النكاح بعيب حدث بعد المنتقش ، وهذا الوجه حكاه
الرافعي عن التتمة هكذا ، وهو في التتمة لكن ليس فيها التصريح بقوله
مطلقا ، ومراد الرافعي بالاطلاق بالنسبة الى ما قبل القبض وبعده
(وأما) بالنسبة الى العيب المقارن والطارىء فلم يتعرض لذلك ،
وفي التتمة توجيه الوجه الذي حكاه بأن سبب الفسخ قارن العقد
وهو العيب ، فيستند الحكم اليه ، ويجعل كأنه جمع في العقد بين
موجود ومعدوم ، حتى يصير كأن العقد لم يكن .

قال ابن الرغفة : وهذا من كلام يقتضى اختصاص هذه الطريقة
بالعيب المقارن وفي العيب الحادث ، يعنى قبل القبض اذا فسخ به بعد
القبض ، ينبغى أن يضاف الفسخ تفريعا عليها الى وقت حدوث العيب ،
لا الى أصل العقد كما نقله عن بعض الأصحاب في فسخ النكاح .

(قلت :) وهذا جوابه ما قدمه هو من التسوية بين ما قبل القبض وما قبل العقد ، كما اقتضاه كلام الامام رحمه الله من التسوية بين العيب المقارن والطارىء فى جريان الخلاف قبل القبض ، فعلى الطريقة التى حكاها صاحب التتمة يكون كذلك ، ولو ثبت ما أشار اليه ابن الرفعة واقتضاه كلام صاحب التتمة لزم اثبات وجه باستناد الفسخ الى حالة حدوث العيب ، سواء حصل الفسخ قبل القبض أم بعده ، ولا نعلم من قال به فى شيء من الحالتين .

وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : الرد بالعيب قبل القبض يرفع العقد من أصله وأما بعد القبض — فإذا كان بالتراضى — فيرفعه من حينه ، وإن كان بحكم الحاكم فيرفعه من أصله ، واستدل أبو حنيفة على أن الفسخ يستند الى الأصل بأنه لا تجب فيه الشفعة . وأجاب أصحابنا رحمهم الله بأن الاقالة لا تجب فيها الشفعة ومع ذلك لا ترفع العقد من أصله ، وجعلوا الرد فى كونه رافعا من حينه مقيسا على الاقالة ، ثم قالوا : لو كان الرد بالعيب يرفع العقد من أصله لأبطل حق الشفيع ، وهو لا يبطله ، فدل على أن الفسخ قطع للعقد من حينه .

(اذا ثبت هذا الأصل) فنحن نقول بأنه يرفع العقد من حينه ، فلذلك تكون الزيادة الحادثة فى ملك المشتري له ، ولا يمنعه ذلك من فسخ العقد كالاقالة ، وأبو حنيفة رحمه الله يقول : لما كان الرد بالعيب يرفع العقد من أصله لأنه جبر له بخلاف الاقالة أوجب ذلك أن يرد النماء الحادث ، لكننا أجمعنا أى نحن وأنتم على أنه لا يلزمه رد النماء ، فدل على أنه لا يجوز الرد ، وأيضا قالوا : لا يجوز رده بدون النماء المنفصل كالممتلئ ، ومالك رحمه الله يجرى قوله فى رد الولد على هذا الأصل ، لكنه يلزمه ذلك فى سائر الزوائد ، والثمرة أولى بالرد اذا كانت مؤبرة حين الرد لأنها متصلة ، والولد منفصل ، فلما وافق على عدم ردها لزمه ذلك فى النتائج .

وأما أبو حنيفة رحمه الله فيلزمه التسوية بين الكسب الحاصل من غير العين والفتاح والثمرة الحاصلة من العين ، وقد فرق بينهما فقال :

يجوز الرد وبقيّة الأكساب له بعد القبض دون ما قبله كما تقدم ،
وقال هنا يمنع الرد ، وذلك تناقض ، بل كان اللائق بأصله أن يسوى
بين الجميع ، وأن يجوز الرد ويرد الزوائد كلها .

(الأمر الثاني) أن الزيادة الحادثة بعد البيع مبيعة تبعا ، لأنه
لا سبب للملك فيها الا سريّة الملك من الأصل اليها ، والأصل مبيع ،
فيسرى حكمه اليها على صفته ، ومع هذا الأصل لا يحتاج في رد
الفوائد الى أن العقد يرتفع من أصله ، بل يرد الفسخ على الولد مع
الأصل ، وهذا قول للمالكية ، وبه تتمسك الحنفية أيضا ، ونحن
نسلم أن سريّة الملك من الأصل اليها والأصل مبيع ، فيسرى حكمه
اليه (١) حاصلة ، ولكن سريّة العقد لا معنى لها ، فان العقد لا يرجع
الى وصف المحل المعقود عليه اذ لا معنى لكونه معقودا عليه الا لكونه
مقابلا بالثمن بحكم صيغة العقد وهذه المقابلة لم تحصل الزيادة .
وعلى هذا الأصل تخرج مسائل الأولاد في الطرد والعكس .

أما ولد المرهونة فليس بمرهون عندنا ، فان التوثيق بالمرهون لا
يرجع الى صفة فيه . وولد المرهونة ليس مرهونا بالاتفاق حتى لا يتعدى
حق الرجوع اليه لأن الرجوع سلطة للمنعّم فيما أنعم به ولم ينعم
الا بالألم . والولد متولد من الموهوب يسرى اليه ملك الهبة لا عقد
الهبة ، وولد الأضحية المعية وولد المستولدة كأههما ، لأن الملك في
المستولدة نقص بالاستيلاء ، وصار ذلك وصفا لها والشاة صارت
كالمسلمة الى الله تعالى من وجه ، وكالناقّة من وجه ، وهذا راجع
لصفتهما وولد المكاتب وولد المدبرة فيهما اختلاف قول ، ومنشؤه التردد
في أن نقصان الملك من المكاتب هل يضاهى النقصان في المستولدة ؟
أم يقال الكتابة حبر لازم كالحجر في المرهون ؟ ففتبين بهذا أنه انما
يسرى الى الولد ما كان وصفا للألم والخصم يرد ذلك في الرهن والبيع
الى صفة في المحل برغم أن ذلك وصف شرعى كالتضحية والاستيلاء .
فهذا فصل مفيد في هذا المعنى من كلام الغزالي رحمه الله قال :

(١) بياض بالأصل فحرر قلت : ولعل السقط : « وسريّة الملك
حاصلة » .
(الطبعي)

والنظر في الفرق والجمع في هذه الصورة دقيق ، والطريق فيه ما نبهنا عليه . وإذا تمهد أن الزيادة ليست مبيعة بطل القول برد النتائج والإكساب ، وبطل القول بذلك فيما قبل القبض أيضا ، وبطل منع الرد بسببها بعد القبض ، لأنها إذا لم تكن مبيعة فالبيع هو الأصل ، وقد تمكن من رد ما اشترى كما اشترى ، فليجز له الرد بعيب قديم لم يرض به كما إذا هلكت هذه الزوائد ، ثم على أبي حنيفة رحمه الله في هذا الطريق مزيد اشكال ، فانه ان كان مبيعا فليرد الأصل معها ، كما قال مالك ، وكما قال أبو حنيفة قبل القبض ، وان لم يكن مبيعا فامتناع الرد بسببه لا معنى له . وعند هذا قد تم النظر في مذهبنا .

هذا كلام الغزالي رحمه الله في المأخذ وقد تكلم الأصحاب في الأولاد في كتاب الرهن وهي ولد المرهونة وأم الولد والمكاتبة والمديرة والمعتقة بصفة . والأضحى والمديرة والجانية والضامنة والشاهدة والودعية والعارية والمستأجرة والمغصوبة والمأخوذة بالسوم ، والموصى بها ، والزكاة ، وان يسر الله تعالى من الوصول الى الرهن أذكر تفصيلها هناك ان شاء الله تعالى وله أكمل (١) .

وهنا تنبيهات (أحدها) أن الذين قالوا من أصحابنا : أن الرد يرفع العقد من أصله لم نعلم أحدا منهم يقول بامتناع الرد كما يقوله أبو حنيفة ، لا قبل القبض ولا بعده ، وذلك يدل على أحد أمرين اما ضعف القول المذكور ، واما أنه لا تلازم بينه وبين امتناع الرد كما تقدم في البحث مع أبي حنيفة ، وفي كلام الامام والغزالي ما يشعر باللازمة بينهما فان كان كذلك فلعل سكوتهم عن طرد القول المذكور يضعفه .

(الثاني) أن مقتضى القول برفع العقد من أصله ، وان كان بعد القبض أن يرد الزوائد والأصحاب رحمهم الله حكوا قولين في رد الزوائد ان كان الرد قبل القبض ، وبنوهما على الخلاف في الطريقة المشهورة

(١) لم يقدر الله تعالى لشيخنا أن يصل الى هذه الأبواب وقد تناولناها على قدر ما يسر الله لنا ونسأله ان يلحقنا بأئمتنا ومشايخنا متبعين باحسان آمين .
(المطبعي)

أن الفسخ رفع للعقد من أصله أو من حينه ، فعلى الأول يرد وعلى الثاني وهو الصحيح لا يرد (أما) إذا كان الرد بعد القبض فلم نعلم أحدا يقول برد الزوائد ، ومقتضى الطريقة التي نقلها صاحب التتمة أن يجرى الخلاف فيها أيضا ، وابن الرفعة اعتذر عن ذلك بأنه لعل من يقول بأنه يرفع العقد من أصله ، وإن أطلقه يريد به ما ذكره الغزالي رحمه الله في كتاب الصداق حيث تكلم في الفرق بين الزيادة المتصلة فيه وفي الصداق حيث تكلم في الفرق بين الزيادة المتصلة فيه وفي الصداق وهو أن الرد بالعيب يرفع العقد من أصله بالاضافة الى حينه ثم اعترض على نفسه بأن مثل هذا يجوز أن يقال في الرد قبل القبض ، ولم يقولوا به بل جزموا على القول بأنه يرفع العقد من أصله بأن الزوائد للبائع وأجاب بأن الذي أحوجهم اليه بعد القبض استقرار العقد والاستقرار معقود قبله .

(الثالث) أن كلام المصنف رحمه الله جازم بعدم رد الولد والثمرة من غير تفصيل ، وهو كذلك فيما إذا كان الرد بعد القبض ، أما قبل القبض ففيه الخلاف كما تقدم ، ولكن طريقة العراقيين كما جزم به المصنف رحمه الله من القطع بعدم رد الزوائد ، وأن الرد فسخ للعقد من حينه لا من أصله ، وإنما الخلاف في طريقة غيرهم ، والأصح عند غيرهم أيضا كما جزموا به .

(الرابع) قد علمت أنه لا خلاف أن الرد إذا وجد بعد القبض لا يرد معه الزوائد ولا فرق في ذلك بين الزوائد التي حصلت بعد القبض والتي حصلت قبله بلا خلاف وإنما محل الخلاف في الزوائد قبل القبض إذا كان الرد قبل القبض وقد وقع في الوجيز ما يوهم خلاف ذلك ، فإنه قال : يسلم الزوائد للمشتري إن حصلت بعد القبض وكذلك لو حصلت قبله على أقيس الوجهين ، وحملوا ذلك على أنه طعنان قلم بزيادة التاء ، ويكون المراد حصل أي الرد ويستقيم الكلام .

(الخامس) في عبارة كثير من الفقهاء ومنهم الرافعي أن الفسخ رفع للعقد من حينه ، وقيل : من أصله ، وفي عبارة آخرين منهم القاضي حسين والامام أن الرد قطع للعقد من حينه ، ولا يستند

ارتفاع العقد الى ما تقدم ، وفي عبارة الماوردي شيء منه ، ويعرض في ذلك بحثان .

(أحدهما) هل الرفع من حينه والقطع بمعنى واحد أو لا ؟ .

(والثاني) أن الرفع من أصله هل معناه تبين عدم العقد أو الملك أم لا ؟ (والجواب) أما الأول فالرفع والقطع ليسا بمعنى واحد ، فإن القطع صادق على قطع النكاح بالطلاق وقطع الملك بالبيع ، وكثير من أسباب الانتقالات ، ولا يسمى شيء من ذلك رفعاً ، والرفع من حينه يسمى قطعاً لأنه انقطع به الملك حقيقة ، فالرفع من حينه أخص من القطع فكل رفع من حينه قطع وليس كل قطع رفعاً . ولذلك وقع كلام الامام والماوردي رحمهم الله تسميته بالقطع .

والسر في الفرق بين الرفع والقطع الذي ليس يرفع أن الرفع معناه ابطال أثر العقد المتقدم . واستصحاب ما كان قبله حتى أن الملك العائد بعد الفسخ من آثار السبب المتقدم على العقد السابق ، وليس ملكاً جديداً بالفسخ بخلاف البيع وسائر أسباب الانتقالات ، فأنها مقتضية ملكاً جديداً هو من آثار هذه الأسباب وليس أثر السبب سابقاً ولا أبطال العقد المتقدم على هذا انتقال ، بل هذا الانتقال بالبيع هو من آثار الشراء السابق فلفهم ذلك . فإن الإنسان إذا اشترى عينا فكل تصرف يصدر منه فيها بيع أو غيره هو مستفاد من شرائه (وأما) الفسخ فإنه نقض لشرائه وابطال له .

(وأما الثاني) وهو أن الفسخ من الأصل . هل معناه تبين عدم الملك ؟ فهذا هو المتبادر الى الفهم لا بمعنى أننا نتبين أن العقد لم يوجد فإن العقد موجود حساً بمعنى أنه يتبين ارتفاع أثره ، وأن الملك لم يحصل وهذا بهذا التأويل في نهاية الاشكال . فإن السبب الرافع للعقد هو الفسخ ، فكيف يتقدم المسبب على سببه ؟ ولا يخلص من ذلك أن نقول : انه بطريق التبيين ، لأنه يلزم أن يكون العقد الصحيح قد وجد مستجمعا لشرائطه ولم يترتب أثره عليه ، ولا يقال : ان من شرطه عدم طريان الفسخ عليه ، لأن ذلك أمر لا غاية له ولا يرتبط

الحكم به ، ولا يشك أن الملك حاصل الآن اذا جمعت شروطه ، ولا يوقف الأمر في ذلك على أمر مستقبل ولو كان الأمر على ذلك - وانما يتبين عدم الملك - لكان ينبغي أن يجب رد أجرة الاستخدام وسكنى الدار وركوب الدابة ، بل كان يلزم أن يجب على المشتري أجرة ملك المدة التى أقام المبيع تحت يده ، سواء فوتها أم غابت بنفسها ، الا أن يقال ان ذلك مأذون فيه وقد أباحه له البائع .

لكننا نقول : انه انما أباحه وأذن فيه بمقتضى العقد هذا ، والعقد هو المتضمن للإباحة فاذا ارتفع ارتفعت ، وكان يلزم أن يتبين بطلان الهبة التى وهبت له اذا اشترط اذن السيد فى القبول ، لأنه لم يأذن ، وأن يكون المهر اذا وطئت بالشبهة باقيا فى ذمة الواطئ وأما قبضه المشتري منه لم يقع الموقع لعدم ملكه وأن يكون ما أخذه المشتري من صيد وخطب وحشيش واستهلكه يجب عليه قيمته للبائع ، وقد تقدم من كلام الغزالي عن الحنفية ما يقتضى أن الزوائد الهالكة لا تمنع من الرد ، وأن امتناع بقاء الولد على ملك المشتري بعد الرد لأنه يصير مبيعا بغير عوض . وهذا يفهم أن المحذور من القول بقاء الولد على ملك المشتري أنه يصير ملكا لا سبب له ، على القول بارتفاع العقد من أصله ، وهو يفيد أن المقصود بارتفاع العقد من أصله ليس هو بطريق السهل ، بل كما قاله الغزالي رحمه الله فى كتاب الصداق ، أو أنه يرتفع من أصله بالإضافة أو الى حينه ، أى فى هذا الوقت بحكم ارتفاع جملة آثار العقد ، ومن جملة آثاره ملك النتاج والكسب الموجود ، فيرتفع الملك فيها على هذا القول ويعود الى البائع .

فيرجع حاصل القول بأنه يرتفع من أصله الى أن المراد ارتفاع جملة آثاره من الآن ، والمراد بارتفاعه من حيث انه لا ترفع آثاره وانما يرتفع الملك فى المبيع فقط ، وهذا تفسير لا يسبق الذهن اليه ، فان ثبت أن الزوائد الهالكة غير مضمونة ، وأن قبوله الهبة وتصرفه باذن المشتري صحيح ، وقبض المشتري لمهر الشبهة صحيح ، وجب الحمل على هذا المعنى ، وحينئذ لا يشكل عليه عدم وجوب أجرة الاستخدام والسكنى والركوب ، ولم أجد الأصحاب صرحوا فى هذه المسائل بشئ ، بل

كلامهم يقتضى كالصريح أنه لا يجب أجره الاستخدام ونحوها ، وإنما
الخلاف في الأكساب والأعيان الحادثة من نفس المبيع .

وأما الحنفية فعندهم الاكتساب والصيد لا يملك بملك الأصل ،
بل باليد ، فلا يمنع الرد عندهم ، وكذلك أجره الاستخدام ونحوها
لا تجب على أصلهم ، ولكن ان وافقونا على عدم لزوم قيمة الولد
الهالك ، والمسائل المتقدمة احتاجوا الى الحمل على المعنى المذكور كما
احتجنا اليه . ونحن اليه أحوج لأجل عدم لزوم أجره المدة الماضية
ولا تمنع الزيادة الرد عند أبي حنيفة رحمه الله الا اذا كانت حادثة
من نفس المبيع . وقال زفر : يجب رد مهر الشبهة الذي قبضه المشتري
معه .

(السادس) أن مقتضى قوله الخراج بالضمان تبعية الخراج
للضمان ، فينبغي أن تكون الزوائد قبل القبض للبائع ثم العقد
أو الفسخ ، والأول لم يقل به أحد ، والثاني لم يقل به الا على وجه
ضعيف في بعض الصور ، وهى ما اذا حصل الرد قبل القبض فما وجه
تعطيل دلالة الحديث في ذلك ، والعمل بها فيما بعد القبض للمشتري ،
والجواب أن محل الحكم الذى ورد فيه النص انما كان بعد القبض
اذا حصل فسخ على ما تقدم من ألفاظ الأحاديث ، لاسيما قوله :
قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان . فيكون الخراج معللا بالضمان
في الملك . وذلك مفقود في البائع وفيما قبل القبض .

(فان قلت :) المحل لا تأثير له ، والعلة التى ذكرها الشارع
الضمان ، فيجب أن يدور الحكم معها وجودا وعدما ، فيكون الخراج قبل
القبض للمشتري فيه نقض للعلة في جانب البائع ، ووجود الحكم بدونها
في جانب المشتري .

(قلت :) قال الغزالي رحمه الله : ذكر هذه العلة فيما بعد
القبض لقطع استبعاد المسائل كون الخراج للمشتري وقبل القبض معلل
بعلة أخرى ، وهو أن الزوائد حدثت في ملكه ، والحكم قد يغلل بعلتين
يعنى فاقترصر النبي صلى الله عليه وسلم على التعليل بالضمان لكونه

أظهر عند البائع وأقطع لطلبه ، فإن الغنم في مقابلة الغرم ، وإن كانت العلة الأخرى وهى الملك حاصلة ، ولكن نفس البائع تنتقاد للأولى أكثر ، والله أعلم .

(السابع) أن الخلاف المذكور فى رفع العقد من أصله أو من حينه ، هل هو خاص بالرد بالعيب ؟ أو عام فى سائر الفسوخ ؟ حتى يجرى فى الاقالة والفسخ بالتخالف ، والفسخ بخيار المجلس ، والشرط والانسفاخ بتلف المبيع قبل القبض ؟ •

(والجواب) أن المشهور فى هذا الخلاف المذكور هنا اختصاصه بالرد بالعيب وأنه لا يجرى فى الاقالة ، ولذلك يقيسون الرد بالعيب على الاقالة فى كونها رفعا للعقد من حينه ، والرافعى رحمه الله أطلق القول هنا بأن الفسخ رفع للعقد من أصله أو من حينه ، والأقرب أن مراده الفسخ الذى الكلام فيه وهو الرد بالعيب وقد ذكر فى باب حكم المبيع قبل القبض وبعده وجهين فى الانسفاخ بتلف المبيع قبل القبض (أصحابهما) أنه من حينه كالرد بالعيب ، والزوائد مخرجة على الوجهين قال : وطردهما طاردون فى الاقالة اذا جعلناها فسحا وخرجوا عليهما الزوائد •

(قلت :) وذلك وإن أطلقوه فلعل محله قبل القبض كما هنا فى الرد بالعيب ، فإن الاقالة قبل القبض جائزة على القول بأنها فسخ ، ونقل القاضى حسين الخلاف فى تلف المبيع قبل القبض ، وحمل الوجهين فى الرد بالعيب مبنى عليها ، وعلى تلف المبيع فى يد المشتري فى زمن الخيار (ان قلنا) يفسخ ارتفع ههنا ، والا فالولد هنا للمشتري ، وأما التخالف فمقتضى كلام صاحب التتمة فى باب التخالف جريان الخلاف فيه أيضا ، فإن خرج اعتبار القيمة عليه اذا جرى التخالف بعد الهلاك وهو جار على طريقته فى طرد الخلاف بعد التقابض ، فإن فرض التخالف كذلك ولذلك لا ترد الزوائد جزما كما لا ترد ههنا بعد القبض •

(وإن قلنا :) انه يرتفع العقد من أصله لكن القول بالانسفاخ من أصله بالتخالف مفرع على أنه يفسخ بنفس التخالف كما هو فى

التتمة والنهاية ، ولم يتعرضوا له على القول بانشاء الفسخ ، والقياس جريانه . وأما خيار المجلس والشرط فقد ذكر في بابه أنه اذا فسخ وقلنا الملك للمشتري فالأصح أن الأكسباب تبقى له وذلك يدل على أن الأصح فيها أيضا أنه من حينه . والقول الآخر بأنه من أصله يجري فيه بغير اشكال ، بل هو أولى بذلك ، فقد ظهر بذلك أن الخلاف في الجميع وأن الأصح فيها كلها أنه من حينه ، لكنها ليست في رتبة واحدة وأولاهما بجريان الخلاف فيه زمان الخيار لأن العقد لم يلزم وأبعدها الاقالة ، لأنها في حكم أمر جديد وليست جبرا للعقد الأول .

وبقى من المسائل انفساخ عقد الصرف بالتفريق قبل التقابض هل نقول انفسخ من أصله قطعاً ؟ لأن التقابض شرط أو نقول حكمه حكم تملك المبيع قبل القبض ؟ على أنه لا فائدة لاجراء الخلاف فيه ، نعم عقد السلم اذا كان رأس المال جارية مثلاً وكانت معينة وحبلت في المجلس وولدت ثم ماتت قبل أن يقبضها المسلم اليه ، فهل نقول انه فسخ من حينه حتى يسلم الولد المسلم اليه ؟ أو من أصله حتى يرجع الى البائع قطعاً ؟ والأشبه جريان الخلاف فيه وأن يكون كتلف المبيع قبل القبض ، فإن الشافعي رحمه الله استنبط انفساخ العقد بتلف المبيع قبل قبضه من عقد الصرف ، اذا تفرقا ولم يتقابضا ، كما تقدم ذلك في باب الربا .

(الثامن) ان الطريقة المشهورة هنا الجزم بعدم جريان الخلاف فيما بعد القبض بل يكون بعد القبض رفعا من حينه قطعاً ، خلافا لما قاله صاحب التتمة وقد حكى الامام وغيره من الجازمين فيما اذا رد المسلم فيه العيب ، وكان عبدا استكسبه . أنه هل يجب رد الكسب والغلة . على قولين فالقول بأنه يرد الكسب معه فمقتضاه ارتفاع الملك فيه من أصله وهو بعد القبض فإن قيل على الطريقة الضعيفة بارتفاعه من الأصل . والخلاف في السلم مشهور . وقد تقدم له ذكر في باب الربا .

(والجواب) أن الخلاف المذكور في السلم مأخذه أمر آخر . وهو أن الملك على أحد القولين في المسلم فيه الشروط بالرضا أو بعد

الرد . فإذا رد تبينا أن الملك لم يحصل أصلا . فهذا هو القائل برد الأكساب ، والقول المقابل له أن الملك بالقبض . ثم انتقض بالرد . فعلى هذا ينبغي أن يكون كرد المبيع بالعيب بعد القبض لا يرد الأكساب . وهو رفع للملك من حينه على الطريقة المشهورة ويحىء فيه طريقة صاحب التتمة مع القول بعدم رد الكسب . فافهم ترتيب هذا التفريع فإنه من محاسن الكلام .

وقد ذكر ابن أبى الدم أن الامام والغزالي ذكرا وجهين فيما إذا رد المسلم بعيب . هل هو رفع للعقد من حينه أو من أصله ؟ ومراد ابن أبى الدم الخلاف الذى قدمته ، والتحقيق ما نبهت عليه ولولا ذلك لاقتضى اشكالا على الامام ومن وافقه ممن قطع هنا بعد القبض بأنه من حينه ، واقتضى اشكالا على جميع الأصحاب فى قطعهم هنا بأن الأكساب بعد القبض لا ترجع ، والله أعلم .

(التاسع) الزيادات التى وقع الكلام فيها مشروطة بأمور (أحدها) أن لا يكون حصل بسببها نقص وقد تقدم التنبيه عليه (الثانى) أن تكون حادثة بعد العقد ولزومه ، فلو كانت موجودة كالحمل المقارن للعقد فسيأتى فى كلام المصنف فى بقية الفصل أن شاء الله تعالى (والثالثة) أن تكون انفصلت قبل الرد ، كالولد والصوف المجزوز واللبن المطلوب . أو صارت فى حكم المنفصل كالثمرة إذا أبرت ، أما لو لم تكن كذلك ، كما إذا ردها وهى حامل بحمل حدث بعد القبض ، حيث نقول : أن الحمل ليس بعيب ، أو رد الشجرة وقد أطلعت ظلما غير مؤبر أو الشاة وقد اشتراها ولا صوف عليها وهى مستفرغة الصوف . فحدث عليها صوف لم يجز ، أو حدث فى ضرعها لبن ولم يحلب فما حكمه ؟

أما مسألة الحمل فنقل الامام فيها قولين كالفلس ، وجزم القاضى حسين رحمه الله هنا بردها لذلك ، ولا يسلم له الحمل ان كانت علقته فى ملكه ، لأنه لا يمكن افراده بالمبيع فهو كالثمن ، وعلى ذلك ينزل كلام المصنف رحمه الله لقوله : فحبلت عنده وولدت فجعل الولادة شرطا . وقال القاضى أبو حامد : انه أولى القولين ، وقال القاضى

وجماعة من الأصحاب : ان قلنا يأخذ قسطا بقى للمشتري ويأخذه اذا انفصل على الصحيح ، وفي وجه أنه للبائع لاتصاله عند الرد .

(وان قلنا :) لا يأخذ فهو للبائع ، وما ذكره القاضى حسين وأبو حامد موافق لما قاله الرافعى رحمه الله في باب الفلس أن الأكثرين رجحوه في رجوع غريم الفلس ، وما ذكره الرافعى هنا موافق للطريقة المشهورة هناك التى ذكرها المصنف وغيره من البناء على أن الحمل يقابله قسط أو لا ، لكن الرافعى رحمه الله مع ذلك عدل عن ذلك المأخذ لأجل تصحيح الأكثرين بتبعية الحمل الى الرجوع ، فيلزمه أن يقول هنا بالتبعية أيضا كما قاله القاضى أو يفرق بين المسألتين : مسألة الفلس ومسألة الرد بالعيب .

وأیضا فإنه رجح في الفلس تبعية الثمرة والحمل ، وجعلهما سواء ، وان كانت الثمرة أولى بالاستقلال لأجل أنهما تابعان في البيع متتابعان في الفسخ ، وهذا المعنى بعينه موجود في الرد بالعيب .

ولو صح النظر الى المقابلة بالقسط لزم أن لا يتعدى الرجوع في الفلس الى الثمرة ، لأنها مقابلة بالقسط قطعاً على الطريقة الصحيحة المشهورة المنصوص عليها ، فدعوى الرافعى أن الأصح هنا أن الحمل يبقى للمشتري ، يحتاج الى جواب عن ذلك ، وقد صحح الرافعى هنا أن الثمرة في أخذها قسطاً على قولين كالحمل ، ومقتضاه أن يكون الأصح عنده أنها تبقى للمشتري أيضاً قبل التأخير ، وأطلق بعضهم أن الحمل نقص ، لأنه في الجارية يقل النشاط والجمال ، وفي البهيمة ينقص اللحم ويخل بالحمل والركوب .

(فاذا قلنا) هذا أو لم نقل به ، ولكن حصل بالحمل نقص رجع بالأثر ، قال القاضى أبو حامد : وهل للمشتري امساكها حتى تضع ويردها ان لم يكن تنقصها الولادة ؟ نقله ابن الصباغ ، واذا جوزنا له الرد فحبسها حتى تضع — فان قلنا : الحمل للمشتري — لم يمنعه ذلك من الرد بالعيب ، لأنه حبسها لأخذ ملكه منها (وان قلنا :) ان الحمل للبائع منعه ذلك من الرد . قاله القاضى المساوردى رحمه الله .

وأما الجارية فإن كلامه يقتضى أنه يجوز له امساكها حتى تضع
وردها في الحال فإنه ان ردها وهي حامل كان الحمل للبائع ، لان
المشتري اختار ترك حقه فليس له استثنائه ، فرق الجرى بين ذلك
وبين ما اذا أوصى له بالحمل ثم اشترى الأم فوجد بها عيبا فردها ،
لم يكن الحمل مردودا معها لان الحمل في هذه الحالة لا يتبع ، وممن
بنى الحمل على القولين في المقابلة الماوردى ، والأصح عنده كما قال
الرافعى .

وحكى مع ذلك وجهها على قولنا : انه يقابله قسط من الثمن انه
للبيع لاتصاله بالأم عند الرد ، هذا حكم الحمل وأما الثمرة التي لم
تؤبر ففيها وجهان (أحدهما) يردها مع الأصل ولا يمسك (والثانى)
يمسكها أو يرد الأصل ، والفرق بينها وبين الحمل على هذا القول
جواز أفرادها بالبيع على أحد الوجهين ، ولم يصحح الرافعى رحمه الله
من هذين الوجهين شيئا ، وقد تقدم ما اقتضاه تخريجه للثمرة على
الحمل فالبحت معه فيهما ، والذي ينتج هنا أن يكون الأصح الأول ،
وهو أن يردها مع الأصل قال القاضى حسين رحمه الله : والأصح الأول ،
لأنه الأظهر الذى نقله المزنى في رجوع البائع في عين ماله اذا أفلس
المشتري وعليها ثمرة غير مؤبرة ، وهو الأصح عند الرويانى والرافعى
رحمهما الله ، فليكن هنا كذلك ، ولعل المصنف رحمه الله اختار الوجه
الثانى ، ولذلك قال : فأنمرت ، ولم يقيد بقطع ولا تأبير ، وفي الفلوس
حكى القولين من غير ترجيح .

وأما اللبن الحادث في الضرع أو الصوف الذى حدث بجزءيهما
للمشتري ، وذكر القاضى هذه المسائل الأربع في تعليقه مفرقة في
موضعين . وقال المتولى والبعوى والرافعى رحمهم الله : انه يرد الصوف
تبعا وهو مقتضى ما قال القاضى حسين في الفتاوى وفي كل من الكلامين
نظر ، والصحيح ما سأذكره في آخر الكلام ان شاء الله تعالى .

(واعلم) أن الحمل يندرج في المعارضة قولاً واحداً ، وفيما عداها
من العقود والفسوخ قولان (فالأظهر) في الرهن الاندراج بناء
على أن له قسطا ، وفي الهبة كلام الرافعى يقتضى الجزم بالاندراج ،

والامام قال : ان الجديد عدمه ، وفي الرجوع في الهبة بناء الرافي على
المقابلة ، كما فعل بها في الرد بالعيب فيقتضي ان الأصح عدم الاندراج ،
فالرافي رحمه الله سلك طريقة البناء في المواضع كلها الا في الفليس ،
لما وجد ميل الأكثرين ، ونص الشافعي رحمه الله فيه الى خلافها
والقاضي حسين جرى في الرد بالعيب والفليس على قاعدة واحدة لكنه
سلك طريقة البناء في اندراج الحمل في الرهن ، وهذه أمور مضطربة .

فالامام رحمه الله أجرى القولين في جميع ذلك جريانه في الرهن
بطريق الأولى لكونه لا ينقل الملك ، وهو يشكل على القاضي حسين
رحمه الله ، والذي يظهر في ذلك أحد أمرين (اما) أن نقول : ان عهد
المعاوضة لا يستتبع الحمل لفوته وفسخه لذلك ، وعلى هذا يستمر
نصه المنقول في الفليس على الاستتباع في الرجوع (والجديد) الذي
نقله الامام في الهبة وعلى مقتضاه يكون الأصح الاستتباع في الرهن
(واما) أن نقول : بأن الحمل يتبع المواضع كلها لكونه جزءا أو لا ،
وأما الصوف واللبن فالأقرب أنهما كالحمل فيندرجان ، لأنهما جزءان وان
كان يمكن فصلهما الآن ، لعدم صحة افرادهما بالبيع ، وانما لم يدخل
في الرهن على الصحيح لاقتضاء العرف جز المرهون وحلبه .

نعم اذا جز الصوف أو حلب اللبن في مدة طلب البائع للرد ، بحيث
لم يحصل تأخير ولا تعيب ، فإنه حينئذ لا يصادف الرد ، فلا تتبع
تفريعا على جواز ذلك وأنه لا يبطل الرد كما تقدم عن المصنف رحمه الله .

وقال القاضي حسين : ان جز الصوف ثم ردها بطل خياره
لاشتغاله بالجز بعد ما علم بالعيب ، وهذا على رواية في أنه يشترط
المبادرة الى التلفظ بالفسخ ، أما على المذهب فلا يتجه ذلك .

وقال القاضي حسين رحمه الله أيضا : ان ردها مع الصوف
يجبر البائع على القبول وهذا يتجه على الصحيح في أن الصوف تابع ،
أما على رأيه في أن الصوف يبقى للمشتري ، فاجبار البائع على القبول
اذا ردها مع الصوف ينبغي أن يكون ، كما في رد البهيمة مع النعل
ان كان الجز غير معيب لها ، فإذا لم يجز لم يجب على البائع القبول

كما في نظيره في النعل وإن كان معييا لها فيصح القول بالاجبار ، ولكن ينبغي أن يأتي فيه الخلاف في أن ذلك تمليك أو أعراض والأشبه في مسألة النعل الثاني فليكن هنا كذلك حتى إذا جاز بعد ذلك من غير زيادة كان للمشتري •

وأما قول الراغبي رحمه الله : انه يرد الصوف ، وأما الثمرة غير المؤبرة فهي أولى من الحمل بعدم الاندراج لأنه يجوز أفرادها بالبيع على أحد الوجهين • وفيها طريقة قاطعة لأنها مقابلة بقسط من الثمن ، لكن الأصح فيها الاندراج أيضا لما تقدم ، وقد تقدم في باب بيع الأصول والثمار من كلام الامام أحمد من هذه المسائل متعلقة بهذا الكلام في التأبير ، فإن أراد أنه إذا رد لا يبقى الصوف له فصحيح على ما قدمته ، وكذلك قال صاحب التتمة ، لكن يشكل على الراغبي في قوله : ان الحمل يبقى للمشتري فإن الحمل من جهة كونه أولى بالتبعية ، وكذلك الأصح عند الراغبي دخوله في الرهن وعدم دخول الصوف ، وإن أراد أنه يجب عليه رده ولا يجوز جزؤه - وفيه نظر مأخوذ من جواز الحلب والركوب في طريق الرد - فقد تقدم من المصنف رحمه الله جوازه ، ومن الراغبي منعه • وتبين الراجح منهما ، ولم يذكر الراغبي رحمه الله مسألة اللبن ، وهل تتبع في الرد أو لا وهو من جهة الاستئجار كالحمل ، ومن جهة قرب التناول كالصوف ، وكيفما كان فالأصح التبعية ، وعلى رأى الراغبي ينبغي أن يكون الأصح عدم التبعية لأنه يقابل بقسط من الثمن فهو كالحمل •

(فرع) من تنتمه الكلام في الحمل ، جزم الجوري بأن الحمل يكون للبائع إذا ردت عليه بالغيب ، سواء أكان حدوث الحمل عند البائع أم عند المشتري مع القول بأن الحمل له قسط من الثمن ، قال : لأنها إذا حملت عند المشتري له أن يمسكها حتى تلد ثم يردّها ، فإذا اختار ردها حاملا فكأنه اختار ترك حقه ، فليس له استثناء الولد ، ثم اعترض بالجارية الموصى بحملها إذا بيعت من الموصى له بالحمل وردها بغيب ، لم يكن الولد مردودا • وأجاب أن حكم الولد حكم الأم ما لم يعقد على الولد عقد أو وصية أو هبة •

(فروع) لو اشتراها وعليها صوف وفي ضرعها لبن غطال الصوف وكثر اللبن ، ثم ردها بعيب قبل الجز والحب ، وقلنا بأن الصوف تابع في الرد ، فلا اشكال (وان قلنا) بما قاله القاضي حسين في تعليقه من أن الصوف واللبن الحادئين للمشتري فمقتضى ذلك أن يصير ذلك مشتركا بينهما ، فان اتفقا فذاك ، والا فصلت الخصومة بطريقتهما ، لكن الذى فى فتاويه كما سيحكيه خلاف ذلك ولو جز الصوف ثم أراد الرد بالعيب وكان اشتراها ولا صوف عليها فلا اشكال فى جواز الرد ، وبقاء الصوف له على ما مر ، ولو كان عليها صوف حين الشراء فجزه وهو على حاله ، ثم أراد الرد بعيب ، رد الصوف المجزوز ، قاله الماوردى والقاضى حسين والرافعى وغيرهم .

وقال الشيخ أبو حامد فى آخر باب بيع المصراة : انه اذا كان يمكنه التوصل الى معرفة العيب من غير جز الصوف امتنع عليه الرد . وان جزء ثانيا فالجزوز ثانيا له مختص به ، فان لم يجزه حتى رد فحكمه ما تقدم فيما اذا لم يكن عليها صوف حين العقد ثم حدث وفى هذه الصورة صرح بها القاضى حسين فى الفتاوى بأنه يرده وفرق بينه وبين القث والكراث كما سيأتى عن صاحب التهذيب وهو فى ظاهره مخالف لما حكىته عن تعليقه الا أن تكون المسألة التى فى الفتاوى من كلام جامعها وهو صاحب التهذيب ، وان جز الصوف الذى كان عليه بعد أن طال ثم اطلع على عيب فيزداد هنا أنه يصير بينهما شركة فى الصوف وقد يحصل نزاع فى مقدار ما لكل منهما وذلك عيب مانع من الرد ، ولم أر فى هذه المسألة نقلا .

وأما مسألة اللبن اذا كان منه شيء موجود عند العقد فبليتفت على أنه هل يرد الثمن فى غير المصراة ؟ وقد تقدم ذلك فى آخر الكلام فى التصرية ولو اشترى أرضا وبها أصول الكراث ونحوه وأدخلناها فى البيع فنبتت فى يد المشتري ثم علم بها عيبا يردها ويبقى النابت للمشتري ، هكذا قال البغوى والرافعى رحمهما الله وفرق بينهما وبين الصوف بأنها ليست جزء الأرض ، ألا ترى أن الظاهر منها فى ابتداء البيع لا يدخل فيه وهذا الفرق فى فتاوى القاضى أيضا كما تقدم .

(فرع آخر) إذا قلنا الزيادة تسلم للمشتري كما جزم به
المصنف رحمه الله فليس للبائع حبس ما حدث في يده بعد العقد وقبل
القبض من الزوائد لأجل الثمن في صورة غير الفسخ .

(وان قلنا) بأنها ترجع بالفسخ الى البائع . قال الغزالي : له
حبسها الى استيفاء الثمن ، والامام أطلق عن بعض الأصحاب الوجهين في
جواز حبسها من غير بناء ثم قال : ان ذلك ليس على حكم حبس المبيع
بالثمن وإنما ينقذح الاختلاف فيه قبل تعرض العقد للإنفساخ والغزالي
رحمه الله لاحظ ذلك فعمل بأنه يتوقع التعلق بها لكنه قال مع ذلك أنه
يجب حبسها للثمن .

قال ابن الرفعة : ولعل الغزالي رحمه الله قال : له حبسها لا للثمن ،
قلت : أو يقال بأنه لما توقع عودها اليه صارت كالأصل فيجري حكمه
عليها في الحبس بالثمن ما دام الأصل نصفه يستحق حبسه فلو زال ذلك
بأن سلم المشتري الثمن أو بتبرع البائع بتسليم المبيع يسقط حق الزوائد
نسقوط حبس أصلها ، وأما مجرد توقع عودها اليه فكيف يقتضي جواز
حبسها ولا تنافي بين كلام الامام وكلام الغزالي . وقول الامام ليس
على حكم حبس المبيع بالثمن لعل مراده لكونه ليس مقابلا به . وقال
القاضي حسين : لو اشترى حاملا فمخضت في يد البائع فلا خلاف
في أنه ليس له حبس الولد لاستيفاء الثمن ، ولم يحك الخلاف الذي ذكره
الامام والغزالي ولا شك أنه لو تلف الولد الحادث قبل القبض لا يسقط
بثلفه شيء من الثمن قطعاً وليس كالولد الذي كان حملاً عند العقد ،
فان ذلك على قول ، وهو الصحيح قابله قسط من الثمن ، وهل يكون مثله في
جواز بيعه قبل القبض أو لا ؟ فيه نظر . والأقرب أنه مثله ، وهل نقول في
الحادث أنه يجب على البائع تسليمه أو التمكين منه ؟ في كلام القاضي
أبي الطيب في احتجاج الحنفية أنه دخل في حق التسليم ؟ وأجاب بأنه
لم يدخل في حق التسليم المستحق بالمبيع ، وإنما يجب تسليمه اليه
بحق المال وظاهر هذه العبارة يقتضي وجوب التسليم والأقرب أن
المراد التمكين . وقد صرح البغوي رحمه الله بأنه أمانة في يده ، ويحتمل
أن يكون كالأمانات الشرعية حتى اذا هلك قبل التمكين من رده لا يضمه
والأضمنه ان لم يقل له حق الحبس .

(فرع آخر) عن المزني في مسائله المنشورة : اشترى غنما بعشرة أقساط من لبن موصوف الى أمد فلم يتقابضا حتى حلب البائع منها عشرة أقساط لبن ثم ماتت الغنم يبطل البيع ويسقط الثمن من ذمة المشتري ويأخذ من البائع ما حلب من اللبن • قال المساوردي : وهذا صحيح لأن تلف المبيع قبل القبض يبطل البيع ولا يمنع من ملك النماء •

(قلت) وهذا على قولنا بأنه يرفع العقد من حينه ، وهو الذي جزم به العراقيون • أما اذا قلنا تلف المبيع قبل القبض يرفع البيع من أصله وأن الزوائد ترجع الى البائع فلا يأخذ المشتري من البائع شيئا ، وانما ذكر المصنف هنا حمل البهيمة ، لأن حمل الجارية سنذكره بعد ذلك والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان المبيع جارية فحملت عنده وولدت ثم علم بالعيب ردما وأمسك الولد لما ذكرناه • ومن أصحابنا من قال : لا يرد الأم بل يرجع بالأرض ، لأن التفريق بين الأم والولد فيما دون سبع سنين لا يجوز ، وهذا لا يصح لأن التفريق بينهما يجوز عند الضرورة ، ولهذا قال الشافعي رحمه الله في الجارية المرهونة أنها تباع دون الولد) •

(الشرح) اذا كانت الجارية حاملا عند البيع ثم حبلت عند المشتري وولدت ولم يطلع على العيب حتى بلغ الولد سبع سنين اذا اطلع (١) العيب ولم يتمكن من الرد الى هذه المدة فحكمها حكم البهيمة حرقا بحرف على ما تقدم بلا خلاف ، وفرض المسألة أن لا يكون حصل لها نقص بالولادة كما تقدم التنبيه عليه ، فلو حصل نقص منع

(١) اطلع تتعدى بنفسها لقوله تعالى : « اطلع العيب ام اتخذ عند الرحمن عهدا » وتتعدى بالجر ايضا ..

من الرد ووجب الأرض وأما إذا اطلع على العيب وتمكن من الرد قبل بلوغ الولد سبع سنين فقد اختلف الأصحاب في جواز الرد ، فالذي قاله المصنف رحمه الله ، ورجحه الجواز للضرورة ، وهو في ذلك موافق للشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب هنا ، وقال انه أصح وأشهر في المذهب ، ونسبه ابن الصباغ الى أكثر الأصحاب . وقال الروياني رحمه الله انه المذهب ، ووافقه ابن أبي عصرون وهو مقتضى اطلاق نص الشافعي رحمه الله ، فان الشيخ أبا حامد نقل أنه قال في القديم : إذا اشترى جارية فولدت ثم أصاب بها عيبا كان له أن يرد الجارية ويمسك الولد إذا لم تكن نقصت بالحمل أو بالوطء ، وليس مراد الشيخ أبي حامد أن ذلك من القديم المخالف للجديد ، ولكن نقل هذه المسألة لم توجد منصوصة للشافعي رحمه الله الا في القديم .

والوجه الآخر فرعه بعض الأصحاب على هذه المسألة كما قال الشيخ أبو حامد وصاحب التتمة ذكر فيها وجهين هنا من غير ترجيح والشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب ردا على الوجه الآخر الذي قاله بعض الأصحاب بما قاله المصنف رحمه الله ، لكن الروياني في البحر مع قوله عن الأول : انه المذهب قال : ان هذا الوجه أقيس ، وحزم به الجرجاني في المعاينة ، وكذلك القاضي أبو الطيب وغيره في كتاب السير على ما نقله ابن الرفعة . وكلام الرافي رحمه الله يشعر بترجيحه فانه ذكر الوجهين في ذلك وقال : وسنذكر نظيره في الرهن .

ثم ذكر في الرهن : اذا رهننت الأم دون الولد . ان صح أنهما متبايعان جميعا والا يفرق بينهما . وكذلك وافقه على تصحيح هذا في الرهن القاضي حسين والماوردي والمحاملي في التجريد من تعليقة أبي حامد والبعثي في التهذيب والمتولى في التتمة ، ومنهم من يقطع بذلك ، فاذا كان هؤلاء الأئمة قائلين بين قاطع ومرجح بأنهما يبايعان معا ولا يفرق بينهما ، ولم يجعلوا ذلك ضروريا مسوغا للتفريق فينبغي وهنا كذلك ، وأن يكون الأصح هنا امتناع التفريق وامتناع الرد كما اقتضاه كلام الرافي رحمه الله . وقال الجرجاني الا أن يفرق المصنف ومن وافقه بين البيع في الرهن والرد بالعيب ، وسأذكر له فرقا ان شاء الله تعالى . وقد يقال : انه لو جاز التفريق ينبغي أن يمتنع

الرد هنا ، لأن رجوع الجارية بدون ولدها عيب ، وذلك بمنزلة عيب جديد يمنع بسببه الرد ، ولا شك أن أهل العرف يعدون ذلك عيبا وتقل الرغبات فيمن يكون لها ولد منفصل عنها .

وطريق الجواب عن المصنف في ذلك أن يفرض غيما إذا رضى البائع بردها كذلك حتى لا يكون للمشتري الا الرد أو يرضى بها معيبة ولا يكون له المطالبة بالأرث ، ومتى لم نفرض المسألة كذلك تعين امتناع الرد ، ثم ههنا كلامان :

(أحدهما) ما استدل به المصنف والشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب على ضعف هذا الوجه من نص الشافعي رحمه الله هو فيه تابع للشيخ أبي حامد ، قاله هكذا حرفا بحرف وفيه نظر ، فإن الشافعي رحمه الله له نصان في المختصر .

(أحدهما) قوله ولا بأس أن يرهن الجارية ولها ولد صغير ، لأن هذا ليس بتفرقة وحمله جماعة من الأصحاب على أن معناه أن الرهن لا يوجب تفرقا ، ثم ما يتفق من بيع وتفريق فهو من ضرورة الجاء الرهن اليه ، وهؤلاء هم الذين جوزوا بيع المرهونة وحدها ، والتفريق بينها وبين ولدها ، لكن طائفة من الأصحاب قالوا : معناه أنه لا تفرقة في الحال ، وإنما التفرقة عند البيع ، وحينئذ يباعان معا . ويحذر من التفريق فإن أراد المصنف هذا النص فالأصحاب يختلفون في تفسيره كما رأيت . والتفسير الثاني هو الصحيح لعدم إفضائه الى محذور . وليس في النص المذكور تصريح بأنها تباع دون الولد كما في لفظة الكتاب .

والنص الثاني في المختصر أيضا قبل ذلك غيما إذا وطئ الراهن الجارية المرهونة قال الشافعي رحمه الله : فإن أحبلها ولم يكن له مال غيرها لم تبع ما كانت حاملا ، فإذا ولدت بيعت دون ولدها ، وهذا النص أقرب الى لفظ المصنف رحمه الله ، لكنه يبعد إرادته ، لأن الولد ههنا في هذه الصورة حر لأنه ابن الراهن المالك ، فالتفرقة ضرورية ، وبهذا فرق جماعة بين هذه الصورة والصورة الأولى حيث

لا يجوز التفرقة على الأصح ، لأن الولد هناك مملوك وهنا حر ،
وإذا كان كذلك فلا يصح التمسك به ، لأن الولد هنا في الرد بالعيب
مملوك ، وهذا لا يخفى عن هو دون المصنف والشيخ أبى حامد وأن
أراد نصا آخر فلم أعلمه ، والله أعلم .

لكن يدل على أن المصنف وأبا حامد أرادا هذا النص الثانى ، وأنه
هو الذى وقع به الرد على صاحب هذا الوجه أن القاضى أبا الطيب
قال فى الرد عليه : ولهذا قال الشافعى رحمه الله : ان الجارية المرهونة
إذا حبلت لم تتبع ما دامت حاملا ، فإذا ولدت بيعت دون ولدها .
وقال صاحب الشامل : إذا كانت جارية فولدت حرا يباع الرهن دون
الولد ، لأنه موضع حاجته . وقال صاحب التتمة : كالمرهونة إذا
علقت بولد حر ، والجارية الجانبية إذا كان لها ولد حر يبيعها دون
الولد . وقال الرويانى : المذهب أنه يجوز هذا التفريق كما قال
الشافعى رحمه الله فى الجارية المرهونة إذا ولدت حرا : يباع الأم
لحق المرتهن دون الولد ، لأنه موضع حاجته فى الأم .

فكلام هؤلاء الأئمة يدل على أنهم إنما ردوا على صاحب هذا الوجه
بهذا النص وهو مشكل ، لأن الولد الحر يجوز بيع أمه ، سواء أكانت
مرهونة أم غير مرهونة ، لأنه لا يمكن بيعه معها أصلا لضرورة فيه
محققة وليس كالولد الرقيق ، وطريق حمل هذا الاشكال أن الجامع
بين الصورتين الضرورة وان كان الولد هنا رقيقا وهناك حرا فإنه
لو لم يجز الرد ههنا أدى الى إبطال حق المشتري من الرد ويعترض على
هذا بأن المحذور هو التفريق فى الملك ، وإذا كان الولد حرا الفرة
حاصلة ، فلا تفريق ، بخلاف مسألتنا هنا فان الرد يوجب التفريق فى
الملك وقياس التفريق على ما ليس بتفريق لا يظهر .

(الكلام الثانى) فى تخيل الفرق بين الرد بالعيب وبين البيع فى
الرهن ، قد يقال انتصار المصنف أن هنا أمرين مسوغين للتفريق
(أحدهما) الضرورة والا لأدى الى إبطال حق المشتري من الرد ،
والزامة أخذ الأرض وبقاء المعيب فى عقد عسر ، فلا طريق له إلا الرد .
وأما الراهن فإنه يجب عليه وفاء دينه ، فان كان مال غيره وثقنا منه

ولم يبيع ، لما قاله الماوردي هناك ، وان لم يكن له مال الا الجارية
المرهونة ، والشارع منع من التفريق فصار كما لو كان الدين يحيط
بقيمة الجارية وولدها ولا مال له غيرهما ، فاننا نبيعهما توصلا الى وفاء
الدين الذي التزمه وحجر على نفسه بسببه ، وهذا المعنى وحده كاف
في الفرق ومصحح لما ذكره المصنف رحمه الله .

(والأمر الثاني) أن هذا التفريق بالفسخ ، وقد اغتفروا في
الفسخ ما لم يغتفروا في انشاء العقود ، ألا ترى أن الأصحاب
رحمهم الله قالوا : لو باع الكافر عبدا مسلما بثوب ، ثم وجد بالثوب
عبدا [فان] له استرداد العبد في أصح الوجهين ؟ ولو وجد مشترى العبد
به عينا فطريقان :

(أحدهما) القطع بالجواز .

(والثاني) على الوجهين . ولو تقابلا حيث لا عيب ، وقلنا الاقالة
فسخ فعلى الوجهين ؟ فهذه المسائل الثلاث اغتفروا فيها حصول ملك
الكافر على المسلم بالفسخ ، وان كانوا لم يغتفروه بانشاء العقد .
وعلله الغزالي رحمه الله في المسألة الأولى بأن الاختيار في الرد اما عود
العوض اليه فهو قهري كما في الارث واستشكله الرافعي ، ورأى أن
الأصوب في توجيهه أن الفسخ يقطع العقد فيكون نازلا منزلة استدامة
الملك ، والامام علله بأن الرد يرد على العقد ، وارتداد العبد يترتب على
انفساخ العقد .

وله في رد الثوب غرض سوى تملك العبد ، أي وهو التخلص من
عبيه وهذا الغرض — وهو التخلص من العيب — حاصل في الجارية
اذا ولدت ثم اطلع على عيبها بخلاف الرهن فانه لا غرض الا التوصل
الى وفاء دينه ، والراهن ألزم نفسه بذلك وملاحظة الضرورة لابد
منها .

وأما الفسخ وحده فليس بكاف . ألا ترى أنهم جزموا في الفسح
بعدم التفريق لما كان مال المفسح كله معيبا ولا ضرورة تدعو الى

التفريق ، وإن كان الرافعي رحمه الله قال باحتمال جريان الخلاف الذي في الرهن والرد بالعيب فيه ، وأن جزمهم يحتمل أن يكون على الأصح .

وحكى الماوردي وجهها يوافق هذا الاحتمال ، وحكاها المتولي أيضا عند الكلام في التفريق بالبيع ، وكذلك ملاحظة الفسخ لا بد منها ، والضرورة وحدها لا تكفي ، ألا ترى أن في رجوع الزوج في شطر المصدق لم يجوزوا ذلك لأجل حق الزوج ؟ بل نقلوه الى نصف القيمة لأن استرجاع الشطر تملك جديد . هذا ما ظهر لى في تقوية ما ذهب اليه المصنف رحمه الله . ومن وافقه على ما فيه ومع ذلك يحتاج الى ملاحظة ما يقدم التنبيه عليه في فرض المسألة اذا رضى البائع بالرد ، أو نفرض أن ذلك لا تنقص به قيمتها ، وهو بعيد ، والأول أقرب . والله أعلم .

(التفريق :) ان قلنا بجواز الرد كما قال المصنف فذاك (وإن قلنا) بامتناع الرد فقد قال المصنف رحمه الله : انه يجب الأرش ، وكذلك قاله الجرجاني والرافعي ، وعلة الجرجاني بأن الرد كالميتوس منه ، ولك أن تقول : انه يمكن بأن يعتق الولد أو يموت أو يصل سن التفريق وقد يكون بقى منه زمن قليل أو كثير الا أنه تقدم لنا وجهان عن الامام فيمما اذا كان البائع بعيدا حكيناها فيما اذا رضى أحد المشتريين بالعيب تفريعا على منع الاستقلال بالرد . والأصح منهما الرجوع بالأرش ، فليكن الوجه الآخر جاريا هنا لكنه ضعيف مفرع على ضعفه ، ولنا خلاف هناك أنه لو رد أحدهما الجميع عند حصوله في ملكه وأراد استرجاع نصف الثمن هل يجبر البائع عليه كما في مسألة النحل ؟ (فان قلنا) بالاجبار فلهنا أن يرد الولد معها يحتمل أن يكون كذلك فان لم يفعل سقط حقه من الرد وتعين الأرش ولا يعقل في هذه المواضع كلها عن غرض المسألة فيما اذا لم يحدث عيب جديد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان اشتراها وهي حامل فولدت عنده (فان قلنا) ان الحمل له حكم ، رد الجميع (وان قلنا) لا حكم للحمل ، رد الأم دون الولد) .

(الشرح) هذا بناء صحيح اتفق عليه الأصحاب والصحيح ، أن له حكما ويقابله قسط من الثمن ويحبسه على استيفاء الثمن . فالصحيح أنه يرد الجميع ، وعلى الثاني يكون الولد كالولد الحادث فيأتي فيه الخلاف في الرد قبل بلوغه سن التفريق ، والأصح المنع كما تقدم ، خلافا للمصنف رحمه الله . ويأتي فيه أيضا ما تقدم في الولد الحادث قبل القبض ان حصلت الولادة قبل القبض من الخلاف في حبسه بالثمن ، ورجوعه الى البائع عند اتفاق فسخ أو انفساخ على ما تقدم ، وسواء قلنا له رد الجميع على الصحيح أو رد الأم دون الولد على القول الآخر ، فشرطه على ما قال الماوردي والرويانى والرافعى رحمهم الله وأفهم كلام ابن الصباغ أن يكون حصل لها بالوضع نقص ، فان حصل نقص فلا رد .

وقد تقدم أن ابن الرفعة قال : قياسه أن يتخرج على الوجهين ، يعنى في العيب الذى تقدم سببه ، هل يكون من ضمان البائع ؟ أو من ضمان المشتري ؟ والأصح أنه من ضمان البائع ، فينبغى على ذلك أن يرد ، وان حصل نقص وأيد ذاك بما إذا أصدقها جارية حائلا ثم حملت في يده ثم وضعت في يدها ثم طلقها ، وأن الرافعى رحمه الله حكى في نسبة النقص الحاصل اليه أو اليها وجهين ، وهذا الذى ذكره ابن الرفعة قوى وقياسه أن يكون الأصح أنه يرد ، ولكن الماوردي وابن الصباغ جزموا بخلاف ذلك .

واعلم أنى قدمت عن القاضى حسين والبعوى والرافعى ما يقتضى أن الخلاف في كون ذلك مع ضمان البائع ، أو من ضمان المشتري جاز مع العلم ، وخرجوا عليه أنه يرد الجارية بعد زوال البكارة والعبد بعد قطع يده بعيب آخر قديم مع العلم بالتزوج والجنائية على قولنا : ان ذلك من ضمان البائع ، وهو الصحيح الذى استشكله هناك وقلت : ينبغى أن يكون الرضا بالعيب قطعاً لأثره حتى يكون ما يوجد في يد المشتري ، وان كان من سببه منسوباً الى يد المشتري لرضاه لسببه دون البائع ، ولم أر من اعتضد به في ذلك النقل ، ولا ما يرده الا كلام القاضى حسين ومن تبعه على سبيل التفريع ، فان كان الأمر كما قلت فقد اندفع الاشكال عن الماوردي وابن الصباغ هنا ، فان

المشتري عالم بالحمل ، فكذاك النقصان الحادث عنده منسوب اليه . وقد وجدت بعد ذاك بآخر التتمة صرح بامتناع الرد اذا علم بالزوجية ثم أزال الزوج بكارتها بعد القبض ، ووجد بها عيبا آخر وقد ألحقته هناك فاندفع السؤال .

نعم لو لم يعلم بالحمل كان ذلك من ضمان البائع ولا يمنع الرد حينئذ ولا يندفع الاشكال عن الراغبي لتصريحه بالحكمين في المسألتين على أن الماوردي رحمه الله في أصل المسألة مال الى أن ذلك من ضمان المشتري ، فلعله ذكر التفريع هنا على ما مال اليه هناك فلا يرد عليه شيء ، وان كان الأمر كما ذكره القاضي حسين ومن تبعه ، وأن الحادث الذي تقدم سببه منسوب الى البائع في عدم منع الرد بغيره مع علم المشتري ، وان لم يكن يرد به فطريق الجواب يحتاج الى تأويل . والذي خطر لي الآن أن يحمل المنع من الرد على حالة يحصل فيها من الولادة نقصان عن قيمتها مع الحمل ، فإنه رضى بها حاملا فالغالب أنها بالولادة تزيد قيمتها عن حالة الحمل فإن الحمل عيب فإذا نقصت بالولادة عن قيمتها حاملا كان ذلك عيبا جديدا مانعا من الرد ، لأنه ليس الغالب حصوله بسبب الحمل والذي لا يغلب حصوله من السبب المتقدم تبعد نسبته اليه ، فذلك لم يجعل من ضمان البائع شيكون مانعا من الرد بعيب آخر .

وأما مسألة الصداق فتحمل على أن المراد النقصان عن حالة الخيار ، وهي الحالة التي كانت عليها عند الاصداق ، ولا شك أن الجارية اذا حبلت وولدت تنقص قيمتها عما كانت عليه قبل ذلك ، والنقص بالحمل قد زال بالوضع وبقي النقص الآخر عن حالة الحبال ، فالولادة في يد الزوجة وسببها في يد الزوج وهو مما فعلت ، ولا يندر فيجري فيه الخلاف ، فإن فرض نقص بالولادة عن حالة الحمل الحاصل في يد البائع ، فهو نقص جديد يتجه أن يكون من ضمان الزوجة ، كما في المشتري هنا ، هذا ما خطر لي في ذلك ، وفيه نظر ، والله أعلم .

(فرع) أطلق الراغبي رحمه الله اشتراط عدم النقص بالولادة ، ولم يفرق بين ما بعد القبض وما قبله ، والماوردي وابن الصباغ

رحمهما الله فرضا المسألة فيما إذا كانت الولادة عند المشتري ، كما فرض المصنف رحمه الله ، ولا شك أنها إذا ولدت قبل القبض ولم يحصل نقص ترد إذا اطلع على عيب آخر ، أما إذا حصل نقص فقد قدمت كلاما في أن العيب الحادث قبل القبض إذا استند إلى أمر سابق علم المشتري هل يكون موجبا للرد أو لا ؟ وهل يكون مانعا من الرد بغير أو لا ؟ والذي ظهر أنه ليس موجبا ولا مانعا وقد صرح صاحب التتمة أنه إذا اشترى أمة مزوجة عالما بتزويجها ، فأزال بكارتها قبل القبض ، ثم اطلع على عيب بها ، هذا ما يقتضي تقييد كلام الرافعي رحمه الله ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان كان المبيع جارية ثيبا فوطئها ثم علم بالعيب فله أن يردها لأنه انتفاع لا يتضمن نقصا فلم يمنع الرد كالاستخدام) .

(الشرح) هذه مسألة مشهورة اختلف العلماء فيها على ثمانية مذاهب .

(أحدها) أن يردها كما ذكره المصنف ، ولا يرد معها شيئا ، وهو مذهبنا الذي نص عليه الشافعي والأصحاب ، ولم يختلفوا فيه ، وبه قال زيد بن ثابت فيما قيل وعثمان ومالك والليث بن سعد وأبو ثور ، ولا فرق عندنا في ذلك بين أن يكون بعد القبض أو قبله ، ولا يكون بالوطء قابضا لها على المشهور ، ولا مهر عليه ان سلمت وقبضها ، فان تلفت قبل القبض فهل عليه المهر للبائع ؟ وجهان بناء على أن الفسخ قبل القبض رفع للعقد من أصله أو من حينه ؟ والصحيح لا مهر ولا حرق بين أن يكون المردود عليه ممن تحرم عليه بوطء المشتري كآب وابنه أو لا فان ذلك لا يمنع الرد .

(والمذهب الثاني) أنه لا يرد ولا يرجع بالأرض ، وهو قول أبي حنيفة والثوري وأبي يوسف وإسحاق ، وروى ذلك عن عمر وعلي بن أبي طالب وابن سيرين والزهري .

(والثالث) أنه يردها ويرد معها مهر مثلها ، وهو قول ابن أبي ليلى وشريح في رواية ، وقيل : انه روى نحو ذلك عن عمر قال ابن المنذر : المهر في قول ابن أبي ليلى يأخذ العشر من قيمتها ونصفا فيجعل المهر نصف ذلك يعنى يكون المهر ثلاثة أرباع عشر قيمتها . بذلك صرح عنه غيره .

(الرابع) يردها ويرد معها مهر مثلها بالغا ما بلغ ، وهو قول ابن شبرمة ، والحسن بن حى وعبد الله بن الحسن .

(والخامس) يردها ويرد معها نصف عشر ثمنها ، وهو قول شريح والنخعي وقتادة ، وروى من طريق الشعبي عن عمر .

(والسادس) يردها ويرد معها حكومة وهو قول الشعبي .

(والسابع) أنها لازمة ، لو صح ذلك عن الحسن وعمر ابن عبد العزيز ، وهى رواية عن علي بن ابي طالب ، فلا يردها ولا يرجع بشيء على هذا القول .

(والثامن) يردها ويرد معها عشر ثمنها ، وهو قول ابن المسيب ، وروى عن ابن المسيب يردها معها عشرة دنائير ، ولعل ذلك كان عشر ثمنها فلذلك لم أعده مذهباً آخر دون تحقيق . هذا في وطء الثيب . وأما البكر فسيأتى الكلام فيها في كلام المصنف ان شاء الله تعالى ، ومن هذه الأقوال التى حكيتها ما وردت مطلقة من غير تخصيص لثيب ولا بكر ، وهو قول الشعبي والحسن وابن المسيب وهذه المذاهب الثمانية ترجع الى أربعة أقوال يردها ولا شيء معها كمذهبننا ، أو بامتناع ردها والرجوع بالأرث ، كمذهب أبى حنيفة ، أو بامتناع ردها ولا يرجع بشيء كمذهب الحسن وعمر بن عبد العزيز ، أو يردها ويرد معها شيئاً كمذهب الباقرين .

فأما من يقول : بردها ورد شيء معها فالوجه تأخير الكلام عليه ، وتقديم الكلام على المذهبين الأولين عليه ، الثالث يشارك الثانى في القول بامتناع الرد عليهما في ذلك واحد ، فليجعل الكلام في جواز الرد

وامتناعه ، ومعتدنا في ذلك أن وطء الثيب شيء لا ينقص من عينها ولا من قيمتها ولا يتضمن الرضا بعينها فوجب أن لا يمتنع من ردها بالاستخدام ، وقولنا لا ينقص من عينها احتراز من قطع الطرف ومن قيمتها احتراز من حدوث عيب في يد المشتري . وقُلنا : ولا يتضمن الرضا بعينها احتراز من وطئها بعد العلم بعينها وغير ذلك مما يوجب الرضا . وهذا الدليل الذي ذكره المصنف ، واستدلال الشافعي رضي الله عنه بأن الوطء أقل ضررا من الخدمة ، يعني أن الوطء يمتنع ويلد ويضطرب والخدمة تلد وتزيت (١) وتتعب ، فإذا لم تمنع الخدمة من الرد فالوطء أولى أن لا يمتنع ، فهذا الدليل هو الأول لكن بقياس الأولى . وأيضا بالقياس على وطء الزوج . وقد اتفقوا على أنه لا يمتنع الرد . ولذلك إذا أكرهها انسان على الوطء فإن كان وطء الثيب يقتضي وجوب ان يقع وطء الزوجة والمكرهه ، فإن لم ينقص وجب أن لا يمتنع وطء السيد ، وبالقياص على ما إذا غصبها المشتري من انبائع فوطئها ثم ردها حتى يوفيه الثمن ، فلما وفاه وسلمها اليه وجد بها عيبا له ان يردها عندنا وعندهم ، فإن اعتذروا عن وطء الزوج بأنه مستحق ، فوطء المشتري مستحق ، وأيضا يبطل بوطء الزوج بالبركر فإنه مستحق . ومع ذلك قالوا بامتناع ردها ، فإن اعتذروا بان منافع بضع الزوجة غير مملوكة بالشراء وانما يمتنع الرد بوطء السيد لانه كأنه حبس بعض أجزاء المبيع فلذلك منع وطء السيد ولم يمتنع وطء الزوج الثيب .

وأما البركر فجلدة البكارة مستحقة للمشتري لأنها عين حقيقة ، والنكاح محل المنافع الا أن تلك الجلدة تتلف للضرورة ، وإذا كانت مستحقة بالمبيع فألتفها الزوج امتنع الرد لفوات بعض المبيع .

(فالجواب) أن منفعة البضع مملوكة بالشراء للسيد بدليل أن الزوج لو طلق كانت له ولو وطئت بشبهة استحق المهر وكون جلدة البكارة جزءا من المبيع مع كونها مستحقة الازالة للزوج لا يفيد ، لأنه مأذون فيها شرعا ، فلو لم تكن للنقص لما منع ذلك من الرد ، وقد تعلق

(١) قال في القاموس : زاتهم أطعمهم اياه ، واستزات طلب الزيت .
(المطيعي)

المخالفون في ذلك بأمرين (أحدهما) أن الصحابة رضي الله عنهم في هذه المسألة على قولين (أحدهما) أنه لا يرد ، وهو قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه (والثاني) يردها ويرد معها المهر . وهو قول عمر رضي الله عنه ، فالقول بأنه يردها ولا شيء معها أحداث قول ثالث وهو غير جائز ، وأورده ابن السمعاني والعرزالي ومحمد بن يحيى عنهم فقالوا : ان عليا وابن عمر رضي الله عنهم قالوا : لا يردها . وعمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما قالوا : يردها ويرد معها نصف عشر قيمتها ، وإيراده علي الوجه الأول الأشهر ، وأقرب في النقل ، والجواب عنه من وجوه :

(أحدها) ما أشار اليه الشافعي رضي الله عنه في اختلاف الحديث فإنه بحث مع من خالفه وحكى عنه أنه قال : رويناه ذلك عن علي . قال الشافعي : قلت : أفتيت عن علي ؟ فقال بعض من حضره : لا . . . فروينا عن عمر يردها . وذكر عثرا أو نحو ذلك . قال الشافعي : قلت : أو ثبت عن عمر ؟ قال بعض من حضره : لا . . . قلت : وكيف تحتج بما لا يثبت وأنت تخالف عمر لو كان قاله ؟ وهذا الكلام من الشافعي رضي الله عنه إشارة الى أنه لم يثبت ذلك عن عمر ، ولا عن علي رضي الله عنهما . وقد وقفت على الأسانيد وورود ذلك عنهما فرأيتها ضعيفة . وأمثلة الرواية عن علي ، فإنه لا يردها ويرجع بقيمة العيب ، وهي منقطعة لأنها من رواية علي بن الحسين ولم يدرك جده ، ولولا ذلك لكانت صحيحة فإنه من رواية ابن أبي شيبه عن حفص بن عمار عن جعفر بن محمد بن علي بن الحسين عن أبيه عن جده عن علي رضي الله عنهم .

ولعل حفص بن عمار أو مسلمة ممن كان حاضرا مناصرة الشافعي ، فإنه كان قاضي الكوفة ، حنفيا جليلا ثقة ، ونقله البيهقي من طريق جماعة عن جعفر . ورويت متصلة بطريق ضعيفة ليست بمحفوظة . ونقل القاضي أبو الطيب أن الشافعي قال في اختلاف الأحاديث : لا يثبت عن أحد من الصحابة في ذلك شيء وإذا كان كذلك سقط التمسك الذي ذكروه ، والذي رأيته في اختلاف الحديث ما ذكرته ، ورأيت في اختلاف العراقيين قال : ولا يعلم ثبت عن عمر ولا عن علي ، ولا عن واحد

منهما أنه قال خلاف هذا القول يعني قول الشافعي . وقال أبو المظفر ابن السمعاني : قد جهدت غاية الجهد أن أجد ما قالوه في كتاب فلم أجده وإنما هي حكاية أخذها أهل العلم من التعاليق ، وسمي السواد على البياض ، ولم يرد عن واحد من الصحابة شيء سوى على .

(الثاني) أنه قد روي مثل مذهبنا عن زيد بن ثابت . ذكره أبو على الطبري في مسائله الكثيرة فيما نقله أبو حامد عنه . قال القاضي أبو الطيب : وحكى لنا ذلك — يعني الرواية عن زيد — أبو الحسن الماسرجسي — ونقله المصنف في النكت . وإذا اختلفت الصحابة وجب الرجوع الى القياس ، لكن أبا المظفر ابن السمعاني قال : ان هذا النقل عن زيد ليس بصحيح .

(الثالث) أنه قول صحابين لم يعلم انتشاره ، والقياس بخلافه فيقدم عليه .

(الرابع) أن مذهبنا موافق لعمر ، فإنه أثبت الرد غوافقناه في أصل الرد . والاختلاف بعد ذلك في أنه يرد معها شيئاً أو لا ، اختلاف في كيفية الرد .

(الخامس) أن أحداث القول الثالث فيه خلاف وتفصيل مذكور في أصول الفقه ، ونحن هنا وافقنا بعضهم في جواز الرد وبعضهم في إسقاط المهر ، فلم يكن ذلك خرقاً للإجماع .

(الأمر الثاني) مما تعلقوا به القياس على وطء البكر ، لأن كلاماً يقرر المسمى في النكاح ، وعلى ما اذا زنت ، وبأنه ينالها في ذلك ابتذال وينقصها . فإنه قد يكون المشتري أبا البائع أو ابنه فيحرم فتحرّم عليه ، فممنع الرد كسائر العيوب . وتعلقوا أيضاً بأن الوطء جناية ، لأنه لا يخلو عن عقر أو عقوبة في الغالب ، ولا يباح بالاباحة فأشبهه القطع . والرد رفع للعقد من أصله ، فلو ردها كان الوطء حاصلًا في ملك البائع ، وهذا لا يجوز ، لأن الوطء في ملك الغير لا يخلو عن المهر ، ولا يجوز أن يوجب المهر ولا أن يردها بغير مهر . فبطل الرد .

وربما غالوا في هذا : انه اذا كان واقعا في ملك الغير كان عيبا فيمنع الفسخ فلو نفذ الفسخ لما بعد . ونقلوا عن محمد بن الحسن ان الوطء لا يخلو عن عقر او عقوبة الا اذا كان في الملك ، وقد انتفيا عن المشتري بالاجماع . فلو فسخ لا يبقى الملك من أصله ، ولذلك وجب إسقاط الملك . وقوله : انه انتفيا عن المشتري بالاجماع ينبغي أن يؤو : فانه قد تقدم عن ابن أبي ليلى وغيره ايجاب المهر ، وبأن منافع البضع في حكم الأجزاء ، والمشتري انقلها ، فصار كما لو تلف الولد والزوائد ، ويعود البض في مسألة الزوائد .

وانما استدلووا به على أن الوطء تنقيص للملك وصرف مهر الجارية الموطوءة بالنسبة الى سيدها ، فلو كان المهر لصيانة البضع فقط لوجب لله كال كفارة ، فلما صرف الى السيد دل على أن منافع البضع كالأجزاء وان لم تنقص القيمة كيد الذكر والأنثيين ، يصرف للسيد وان لم تنقص المالية بمنفعة البضع ، الحكم في حكم الأجزاء وفوات الأجزاء يمنع الرد ، ومما يدل على أنها في حكم الأجزاء أن الكافر لا يملكه على المسلمة ، ويمنع من الرد في خيار الشرط بخلاف المنافع ، وذلك أن منافع البضع في الشرع محترمة مشرفة ، لأنها سبب النسل في العالم ، فاشرفها وحرمتها التحقت بالأجزاء شرعا .

(والجواب) أن وطء البكر والزنا منقصان للقيمة ، بل زوال البكارة وحدها يغير وطء منقص ، والابتذال ان سلمه كالأستخدام ، وكون المشتري أباً البائع أو ابنه لا يعتبر في معيوب شخص من الأشخاص ، بل المعتبر ما ينقص قيمة الشيء ولا يؤثر الا ما له أثر في المالية . وقولهم : انه جنائية ممنوع ، لأن الجنائية تنقص القيمة وهذا بخلافه . ولو كان جنائية لمنع من الأجنبى اذا وطئ مكرهه ومن الزوج .

وقولهم : لا يباح بالاباحة . ينتقص بما دون الوطء . هكذا نقض بعض الأصحاب عليهم ونقل بعضهم أن ما دون الوطء من الاستمتاع مانع الرد أيضا ، فعلى هذا لا يتوجه النقض وعن قولهم : لا يخلو عن مال أم عقيمة أن الجنائية قد تخلو من المال ، والعقوبة

إذا قال الرجل : أقطع يدي ففقطعها • وعن قولهم : الرد غسخ للعقد من أصله تقدم ثم اتر ذلك انما يظهر ذلك في الأعيان أما المنافع البعضية فلا •

ثم لو كان ذلك صحيحا لما جاز الرد إذا رضى البائع ، وهو جائز وإيجاب المهر في البضع عن المنفعة ، والسيد يستحقها ، فلا ضرورة الى تقديرها جزءا وتقدير المهر بعيد ، مما يدل على أنه ليس بجزء أنه لا يجبر به في المراجعة ، ولا يسقط به قبل القبض من الثمن شيء ، ولا يضمنه الغاصب عندهم ، وانما لم يملكه الكافر على المسلمة ، لأن فيه ادخال ذل على الاسلام ، والوطء في خيار الشرط فيه وجهان ، فان سلمه فلأنه مع العلم بالخيار يتضمن الرضا ، فلهنا وطء قبل العلم بالخيار ، واعتذر أبو زيد عن الوطء قبل القبض بأنه وقع في حكم ملك البائع • لأنه تصرف ولا ينتقل التصرف الا بالقبض فبقى على ملك البائع ، فلم يجز أن يجعل جنائية • وهذا ضعيف ، فلهذا ما تيسر ذكره •

وحرف المسألة أن أبا حنيفة لاحظ غرض البائع وما يحصل له من النفرة والتغير والأنفة ، والشافعي لاحظ الأمر العام وأن عادة التجار إذا علموا أن الجارية شيب لا يبالون بقله الوطئات وكثرتها ، ولا ينقص من قيمتها شيئا ، فان فرض وطء ينقص القيمة ، فليس غرض المسألة ، والله أعلم •

واعلم أن أصحابنا اختلفوا في أن الرد رفع للعقد من أصله أو من حينه ، وقد اتفقوا هنا على جواز الرد ، وعلى أنه لا يجب المهر الا ما سنحكيه من مقتضى كلام القاضي حسين وهذا الاتفاق يدل على أن أثر ذلك عند من قال به انما هو في الأعيان ، أما المنافع فلا ، وهو يقوى ما تقدم من البحث فيه ، والا فلو أثبتنا عدم الملك كان ينبغي وجوب المهر ، وقد حكى القاضي حسين فيما اذا وطئ المشتري الجارية البتة الشيب قبل القبض ، ثم ماتت ، أنه هل يغرم المشتري للبائع المهر ؟ على وجهين (ان قلنا) يفسخ من الأصل غرم والا فلا ، وقياس ذلك أن يأتي في الرد بالعيب ، ولم أرهم ذكره ، وبتقرير ثبوته

فهو مختص بما قبل القبض لضعفه ملك المشتري ، وبقاء علقه ملك
البائع ، فلا يلزم من ذلك طرده بعد القبض على الطريقة الضعيفة
الطاردة للقولين فيما بعد القبض ، وفيه نظر ، هذا ما يتعلق ممن
يقول بمنع الرد .

وأما المذاهب الناقية فمذهب ابن شبرمة أقربها لأنه يقول بردها مع
مهر المثل بالما ما بلغ ، وهو يتخرج على ما تقدم من ارتفاع العقد من
أصله تخريجا ظاهرا وجوابه ما تقدم . وأما من قال : يردها ويرد
شيئا يقتدر معها فتحكيمات لا دليل عليها . وأما من قال بامتناع ردها
ولا يرجع بشيء فبعيد ، فإن العيب القديم يجب الرجوع بأرضه إذا
امتنع الرد . اللهم الا أن يطرد الجزء مذهبه ويمنع من أخذ الأرض ،
والله أعلم .

(فرع) هذا كله في وطء المشتري ، فلو وطئها البائع أو الأجنبي
بعد القبض بشبهة فهو كوطء المشتري لا يمنع الرد ، وإن كانت مختارة
فهو زنا وهو عيب حادث يمنع الرد ، وإن كان قبل القبض ، فإن كانت
زانية فعيب يوجب الرد ، وإن كانت شبهة أو مكرهة فليس بعيب
ويجب المهر على الأجنبي للمشتري ، وأما البائع ففى وجوب المهر
عليه وجهان ، بناء على جنائية البائع على المبيع قبل القبض (أن قلنا)
كأفة سماوية لم يجب والا يجب ، ومما كالوجهين في الانتفاع بالمبيع
قبل القبض ، فإن ماتت بعد وطء البائع قبل القبض وقلنا العقد يرتفع
من أصله لم يغرم المهر (وإن قلنا) من حينه فوجهان بناء على القولين
في جنائية البائع ، قال ذلك القاضي حسين ، وإن ماتت بعد وطء الأجنبي
قبل القبض (فإن قلنا) يفسخ العقد من أصله فالمهر للبائع (وإن
قلنا) من حينه فلمشتري ، قاله القاضي حسين . وفي وجوب الحد
على البائع إذا وطئها جاهلا بالتحريم وجهان في التهمة ، هذا في الثيب
أما في البكر ففيها زيادة أحكام مستأني أن شاء الله تعالى .

(فرع) ما ذكرناه من أن الوطء إذا كان على وجه الزنا عيب
يمنع الرد . استثنى القاضي حسين منه ما إذا لم تنقص قيمتها بالزنا ،
بأن كانت معروفة بالزنا واشتراها على ذلك ، فإنه لا يمنع به الرد ،

ذكرت ذلك في جوابه عن اعتراض الحنفية . وكذلك ذكره صاحب التتمة
وطرده في الاباحة والسرقة اذا حدثت ولم تنقص القيمة . قال : لأنها
عيب من طريق الحكم ، يعني بخلاف البرص ونحوه اذا زاد ، فإنه
عيب من حيث المشاهدة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجد العيب وقد نقص المبيع - نظرت فان كان النقص
بمعنى لا يقف استعلام العيب على جنسه كوطء البكر وقطع
الثوب وتزويج الأمة - لم يجوز له الرد بالعيب لأنه أخذه من البائع
وبه عيب ، فلا يجوز رده وبه عيبان من غير رضاه ، وينتقل حقه
الى الأرض لأنه فات جزء من المبيع وتعذر الفسخ بالرد فوجب
أن يرجع الى بدل الجزء الفائت وهو الأرض) .

(الشرح) النقص الحاصل لرخص السعر ونحوه لا خلاف أنه
لا يعتبر ، فلذلك قال المصنف : المعنى أى حاصل في المبيع ، وامتناع
الرد في اغتصاص البكر وقطع الثوب وتزويج الأمة اذا لم يكن لها
سبب سابق ولا ضم معها الأرض ، لا خلاف فيه عندنا ، لأنها عيوب
حادثه في يد المشتري ، فلو رده وبه عيبان كما قال المصنف في وطاء
البكر ومذاهب السلف ، قال ابن جريج والنخعي : يردها ونصف عشر
ثمنها ، وتقدم في وطاء الثيب حكاية ثلاثة مذاهب مطلقة في الوطاء والظاهر
أنها مطردة في البكر ، وكلها ضعيفة ، واتفقوا في البكر على أنها بعد
الاغتصاص لا ترد مجانا ، لأن المتقدمين أجمعوا على قولين (اما)
امتناع الرد (واما) الرد مع الأرض ، وجعلوا ذلك مثالا لامتناع
احداث القول الثالث كما هو رأى أكثر الأصوليين ولاسيما هنا فان
فيه دفع ما أجمعوا عليه .

وقد تكلم الشافعي في المختصر على اغتصاص البكر فقال : وان
كانت بكرا فافتضاها لم يكن له أن يردها ناقصة بما بين قيمتها صحيحة
ومعينة من الثمن . ثم تكلم بعد عن مسائل ، تكلم عن حدوث العيب
عند المشتري فقال : فان حدث عنده عيب كان له قيمة العيب الا أن

يرضى البائع أن يقبلها ناقصة ، فيكون ذلك له الا أن يثساء المشتري حبسها ، ولا يرجع بشيء ، وتبعه الأصحاب على ذلك وتكلموا على كل من المسألتين وحدها ، وجزموا في وطء البكر أنه مانع من الرد وقالوا في مسألة حدوث العيب : انه يمنع الرد به .

وقال ابن سيرين والنخعي والزهرى على ما نقله ابن المنذر وغيره ، والثورى وأبو حنيفة وأصحابه وابن شبرمة ، وقال الشعبي : أبطل الآخر الأول . وهذا يحتمل أن يكون موافقا لما قلناه ، ويحتمل أن يكون بمنع الرد ولا يرجع بشيء ، وذهب حماد بن أبى سليمان وأحمد وأبو ثور الى أنه يرد السلعة وأرشد العيب الذى حدث عنده قياسا على المصراة .

وقال الماوردى : ان أبا ثور روى ذلك عن الشافعى رضى الله عنه فى القديم وهذا يرجع الى الوجه المشهور الذى فى طريقة الخراسانيين فيما اذا طلب المشتري الرد مع الأرش ، والبائع أعطاء الأرش وبقاء العقد ، وبالعكس من ايجاب كل منهما ، وسنذكره ان شاء الله تعالى .

ولذلك قال المرعى : قطع الثوب من الصور التى فيها قولان :

(أحدهما) يردده وأرشد القطع .

(والثانى) يأخذ الأرش ، فلا تنافى بين الكلامين ، ولكن هل نقول الواجب له ابتداء له الرد مع بدل الأرش ؟ أو يتخير بين ذلك وبين طلب الأرش ، أو ليس له أخذ الأرش الا أن يختار البائع كما يقتضيه ظاهر قول الشافعى رضى الله عنه فى المختصر والأصحاب ؟ فيه بحث ينبى عليه أنه هل تجب عليه المبادرة الى الرد وبدل الأرش أو لا ؟ (ان قلنا) بالأول وجب (وان قلنا) بالثانى أو الثالث لم يجب . وسيأتى الكلام فى ذلك ان شاء الله تعالى ، واحتمال رابع وهو ما يقتضيه كلام الرافعى أنه حقه أولا فى الرد وحده ، فان امتنع البائع جاءت هذه الاحتمالات وسنذكره ان شاء الله تعالى .

إذا عرفت ذلك فهل ذلك جار في وطاء البكر أو لا ؟ الأقرب الأول .
 وإطلاق كلامهم يقتضيه ، وإنما أفردت مسألة وطاء البكر وحدها لأنهم
 ذكروه عقب وطاء الثيب ، والبحث فيها مع الحنفية ، فإنا نوافقهم على
 أن وطاء البكر مانع ، ويحتمل على بعد أن يقال هما مسألتان فوطء
 البكر وشبهه مما فيه فوات جزء كالخصاء ، أو قطع طرف من أطرافه ،
 أو قطع اصبع زائدة ، سقط حقه من الرد ، وينتقل إلى الأرض جزماً
 إلا أن يرضى البائع بالرد والعيوب التي تنقص القيمة فقط يجري فيها
 خلاف أبي ثور ، والوجوه التي ستأتى ، فعلى الوجه الذى يقول بإجابة
 المشتري لم يسقط حقه من الرد ، بل حقه في الرد باق مع إعطاء
 الأرض ، أما على التعيين أو على التخيير بينه وبين أخذ الأرض كما
 تقدم ، وسيأتى إذا اتبعنا رأى المشتري .

ويؤيد هذا الاحتمال أن القاضي أبا الطيب نقل الإجماع على أنه
 إذا قطع طرف من أطرافه في يد المشتري ثم وجد به عيباً قديماً أنه
 لا يجوز له رده ، ووضع الشافعى والمصنف من الخلاف كابن المنذر
 وغيره مسألة الوطاء وحدها ومسألة حدوث العيب وحدها ، وما تقدم
 عن الشعبي عامة قال في الجارية توطأ : يردّها ويرد معها حكومة ،
 وفي الجارية يحدث بها عيب مبطل للعيب الأول ، وهذا يقتضى التغاير
 بين المسألتين والأول أوفق لإطلاقهم ولعموم كلام الشافعى في المسألة
 الثانية ، ولكلام المصنف فإنه سوى بين وطاء البكر وقطع الثوب وترويع
 الأمة وليس في الثانى والثالث فوات جزء ولا ينحل أن هذه الثلاثة
 مشتركة في أنها صادرة من المشتري فتكون محل الجزم ، ويخص
 الخلاف بما لم يكن من جهة المشتري لنقل أبى الطيب الإجماع في قطع
 الطرف في يد المشتري ، فالأقرب أن العيوب كلها سواء في منع الرد
 الذى لم يضم معه الأرض أما إذا ضم معه الأرض فعلى ما سيأتى .

وعلى رأى المصنف — وهو الصحيح على ما سيأتى — يمتنع مطلقاً
 إلا برضا البائع لأنه يجب من طلب تقرير العقد على الصحيح فذلك
 صح إطلاق المصنف هنا ، ومحل الاتفاق أيضاً ما لم يكن العيب الحادث
 له سبب متقدم ، فإن كان له سبب متقدم فلا يمنع على الأصح كما تقدم
 مبحث حمل كلام المصنف على ما لا سبب له متقدماً ، ومن ذلك ما إذا

اشترى بكرا مزوجة جاهلا فاغتضاها الزوج وقد تقدم • وممن صرح به هنا القاضي حسين ، وتقدم فيه بحث ، وجمع المصنف بين وطء البكر وقطع الثوب قيل : لأن أبا حنيفة وافق في وطء البكر وخالف في قطع الثوب ففيه قياس أحدهما على الآخر ، وقوله : وطء البكر محمول على افتضاها ، غلو كانت غورا فوطئها ولم تزل بكارتها فهو كوطء الثيب يما يظهر •

واعلم أن زوال البكارة يفرض على وجوه مختلفة الأحكام ، سأفرد لها فرعا في آخر الكلام ان شاء الله تعالى • وقوله : من غير رضاه مفهم أنه لو رضى البائع بالرد جاز وهو كذلك • لكن فيه بحث فان قوله في أول الكلام نقص المبيع يدخل فيه جميع أنواع النقص والنقص قد يكون نقص صفة مخفية كقطع الثوب والتزويج وقد يكون نقصان عين ، ولكنها في حكم الوصف كزوال البكارة فان جلد البكارة — وان كانت عينا — لكنها لا تقابل بقسط من الثمن ، ولذلك لا يسقط من الثمن بزوالها قبل القبض شيء وقد يكون نقصان عين مقابلة بجزء من الثمن ، كاحتراق بعض الثوب ، فأما القسمان الأولان فجواز الرد اذا تراضيا عليه ظاهر وأما القسم الثالث فينبغي أن يكون كما اذا رضى البائع أن يرد عليه بعض المبيع ، والأصح جوازه ، وقد تقدم فيه أنه لا يجوز • اذا قلنا : لا يجوز تفريق الصفقة وشرط النقص المانع من الرد بالاتفاق أن لا يكون له أمد ينتظر • غلو كان قريب الزوال ففيه خلاف مذكور في طريقة الخراسانيين سأذكره في التنبيه الذي في آخر الكلام ان شاء الله تعالى •

(وقوله) وينتقل حقه الى الأرض ، ظاهره أنه لا حق للمشتري في الرد لا على التعيين ، ولا على التخيير ، وهو أحد الاحتمالات المتقدمة ، وسنعيد الكلام فيها ان شاء الله تعالى (وقوله) لأنه فأت جزء من المبيع انما يظهر في القسم الثاني والثالث المتقدمين •

(أما الأول) وهو ما فيه نقصان صفة محضة فلا ، الا أن يتجاوز في اطلاق اسم الجزء عليها ، ويدلك قوله : بدل الجزء الفائت ، لكنه ههنا منزل منزلة الجزء شرعا بدليل جبره بالأرض ، غلو لم يكن كالجزء لم يستحق الأرض في مقابلته لكنه ليس جزءا

حقيقيا ، والا لزم أن يسقط من الثمن شيء في مقابلته ، وإن رضى المشتري بالرد ، وأن لا يصح بيع أصلا حتى يحصر الأوصاف التى يجب الأرث بفواتها ، وهى غير محصورة ويستثنى من قول المصنف ، وينتقل حقه الى الأرث ما إذا كان العيب القديم هو الخفاء ولم تنقص به القيمة ، فإنه لا أرث له وسأذكر قريبا أن كلام المصنف دال على ذلك فيما سيأتى •

ويؤخذ من قول المصنف : أن الأرث بدل عن الجزء الفائت ، فيكون جزءا من الثمن ، فليس عرفا جديدا ، وسيأتى الكلام فى ذلك •

(تنبيه) هل يشترط المبادرة باعلام البائع ؟ قال المتولى والبعوى والرافعى : أن المشتري يعلم البائع بالحال فإن رضى به معيبا قيل للمشتري : أما أن ترده ، وأما أن تقنع به معيبا ، ولا شيء لك ، وإن لم ترض فلا بد من ضم الأرث ، صرح الرافعى والبعوى من بعد بأنه لو أخر الاعلام من غير عذر بطل حقه من الرد والأرث الا أن يكون العيب حادثا قريب الزوال غالبا كما سيأتى •

(قلت) وما ذكره يقتضى أن حقه أولا ثابت فى الرد ، فإن امتنع البائع انتقل الى الأرث ، وهو خلاف ظاهر عبارة المصنف ، وما حكيت من عبارة الشافعى وكذلك عبارة كثير من الأصحاب فإن ظاهرها أن حقه ثابت فى الأرث الا أن يرضى البائع بأخذه معيبا ، وقد قدمت أن الاحتمالات أربعة بكلام الرافعى ، هذا وما ذكره الرافعى يدل عليه كلام الغزالى هنا وكلام الامام فى باب السلم ، ويؤخذ من كلامه وجهان فى ذلك أرجحهما عنده أنه لا يثبت الأرث الا الطلب الجازم • وأما إذا كان العيب قريب الزوال كالصداع والحمى والرمد والعدة التى لزمته من وطء شبهة غفى جواز التأخير قولان أو وجهان مذكوران فى طريقة الخراسانيين • عبر عنها البعوى بقولين والغزالى بوجهين •

(أحدهما) يعذر بالتأخير وله انتظار زواله ليرده سليما عن العيب الحادث من غير أرث •

(والثاني) لا ، كغيره من العيوب وعلة الغزالي بقدرته على طلب الأرض .

(فان قلت) هذان الوجهان يدلان على أنه فيما ليس قريب الزوال لا يعذر في التأخير قطعاً . ويكون الاعلام لطلب الرد والأرض على الفور وهو ما قاله الرافي . قلت : يحتمل ذلك ويحتمل أن يكون هذان الوجهان في أن له الرد بعد ذلك . وأن ذلك عذر في تأخير الرد أم لا ؟ فان جعلناه عذراً كان بعد زواله الرد واسترجاع جميع الثمن . وان لم نجعله عذراً تعين حقه في الأرض والاحتمال الأول أقرب إلى كلام الغزالي وعليه جرى الرافي . فان الغزالي صرح على قولنا أن لا يعذر أنه أبطل حقه . وظاهر ذلك حقه من الرد والأرض جميعاً . فيقتضي أن طلب الأرض على الفور . فهم ابن الرفعة من كلام الغزالي أن الوجهين في تأخير طلب المشتري الرد مع بدل الأرض .

ثم قال : انه لا يبعد جريان مثلهما فيما اذا قلنا : ان حقه في طلب الأرض عن العيب القديم فأخر طلبه إلى زوال الحادث . وبه صرح في الشامل في نظير ذلك اذا علم عيب الجارية بعدما حملت . والحمل ينقصها يرجع الأرض . وقيل للمشتري : أمسكها حتى تضع ويردها . وقد تقدم ذلك والذي أفهمه أن المسألة واحدة متى وجد عيب قديم وعيب جديد منتظر الزوال ، جرى الوجهان في جواز التأخير إلى الرد من غير أرض أو طلب الأرض الآن . لكن هل تتعين الفورية في طلبه أو لا ؟ فيه ما سلف عن الغزالي والرافعي من وجوب الفورية وعن غيرهما من عدها . ولا فرق بين طلب الرد مع بدل الأرض وبين طلب الأرض بخلاف ما أفهم كلام ابن الرفعة من أنهما مسألتان .

نعم يلتفت ذلك على البحث الذي تقدمت الإشارة إليه هل حق المشتري أو لا في الرد ؟ أو في طلب الأرض (فان قلنا) بالأول يظهر الخلاف في كون التأخير بهذا السبب عذراً أو لا (وان قلنا) بالثاني يظهر سقوط حقه من الرد . ولا يعين الأرض إلا برضا البائع ، ولا تشترط الفورية . هذا ما يتضح عندي في ذلك ، والله عز وجل أعلم .

والوجه الذى حكاه صاحب الشامل معناه أنه يؤخر طلب الأرش • ويرد بعد الوضع • وأما تأخير طلب الأرش وحده بعد امتناع البائع من الرد فجائز قطعاً ولا يجب المبادرة الى أخذ الأرش ، ولذلك صرح صاحب التهذيب بأن أخذ الأرش ، لا يكون على الفور ، بل متى شاء أخذ وكذلك صاحب التتمة •

(فرع) زوال البكارة اذا كان بعد القبض فهو مانع من الرد ، سواء أكان بوطء المشتري أو البائع أو أجنبى وسواء أكان بآلة الاقتضاخ أو بغيرها كاصبع أو خشبة أو ظفره أو وثبة أو غير ذلك كل ذلك مانع من الرد (١) الا اذا اشترى أمة مزوجة فزال بكارتها بعد القبض بوطء الزوج فقد تقدم فيه وجهان وهما يثبتان هنا فى تعليقة القاضى حسين (أصحهما) عند الرافعى على ما تقدم هناك أنه غير مانع •

وقال صاحب التتمة : انه مانع فى صورة العلم دون الجهل ، وهو الأصح ، وان كان زوال البكارة قبل القبض — فان كان من الزوج — فان جهل المشتري الزوجية فلا اشكال فى أن ذلك موجب للرد ، فضلاً عن كونه غير مانع ، وان علم المشتري الزوجية فقد تقدم الكلام فى هذا الباب ، فى موضعين ، على كونه موجباً للرد بسببه أو مانعاً من الرد بغيره أو لا ؟ •

والذى ظهر أنه غير موجب ولا مانع وصرح صاحب التتمة بأنه غير مانع كما قلته ، وان كان من غيره فهو جنابة على المبيع قبل القبض سواء أكانت مكرهة أو مطاوعة ، وسواء أكان الواطئ عالماً أو جاهلاً ، والتفصيل فيه أنه ان كان من أجنبى فان كان بغير آلة الاقتضاخ فعليه ما نقص من قيمتها ، وان اقتضاها بآلته فعليه المهر ، وهل يدخل فيه أرش البكارة ، أو يفرد ؟ فيه ثلاثة أوجه (أصحها) عند الرافعى هنا يدخل فعليه مهر مثلها بكراً (والثانى) يفرد ، فعليه أرش البكارة ومهر مثلها ثيباً (والثالث) يجب أرش البكارة ومهر مثلها بكراً وهو الذى

(١) بياض بالأصل ولعل السقط : « بعد القبض » .

جزم به الشيخ أبو حامد في تعليقه في باب الشرط الذي يفسد البيع والرافعي هناك أيضا •

ثم المشتري ان أجاز العقد فالجميع له ، هكذا أطلق الرافعي ، وهو كذلك ان تم العقد • وأما ان ماتت قبل القبض فقال القاضي حسين أرش البكارة للبائع وجها واحدا كما لو قطع أجنبي يدها ثم ماتت في يد البائع فأرش القطع للبائع ، وفي مهر مثل الثيب وجهان (ان قلنا) يفسخ من أصله فهو للبائع (وان قلنا) من حينه فللمشتري • وهذا الذي قاله القاضي حسين متعين ، وان فسخ المشتري العقد قال الرافعي : فقدر أرش البكارة للبائع لعودها اليه ناقصة والباقي للمشتري •

فأما قوله : أرش البكارة للبائع فهو شاهد لما قاله القاضي حسين • وأما قوله الثاني للمشتري فينبغي أن يكون ذلك على قولنا انه يفسخ من حينه • أما اذا قلنا يفسخ من حينه فيكون الجميع للبائع كما تقدم في كلام القاضي عند التلف • وأما اذا افتضاها البائع ، فان إختار المشتري فلا شيء على البائع ان قلنا جنايته كالأفة السماوية • وان قلنا كالأجنبي فحكمه حكمه • هكذا قال الرافعي تبعا لصاحب التهذيب •

واختلف جواب القاضي حسين فيها ، ثمرة قال كذلك وهو آخر قوليه ومرة قال فيما اذا كان بغير آلة الاغتصاص يسقط من الثمن ما بين كونها بكرا وثيبا وكذلك اختلف قوله : فيما لو قطع البائع يد المبدع المبيع قبل القبض واندمل ، وقلنا جنايته كجناية الأجنبي انه هل يجب عليه كمال القيمة أو نصفها ؟ قال : كما لو باع عشرة أصع حنطة بعشرة دراهم ، ثم أتلّف البائع صاعا منها قبل القبض ، يسقط عن المشتري عشر الثمن ، ولا يقول : يجب على البائع مثله ، لأنه عامد ، هكذا قاله القاضي ودعواه في هذه الصورة ممنوعة أيضا ، بل مقتضى التفريع أنه اذا أجاز المشتري يجب عليه مثله •

قال القاضي حسين : فيما اذا وطئها البائع واغتضاها ، وجعلنا جنايته كجناية الأجنبي ، وأجاز المشتري وقلنا : أرش البكارة ينفرد ،

ينظر كم نقص ذهاب البكارة من قيمتها ، فذلك القدر من الثمن يسقط
 ان نقص عشر قيمتها سقط من الثمن عشره ، ويجب من مهر مثلها شيئا
 ان جعلناه كالأجنبي (وان قلنا) أرش البكارة لا يفرد فيجب مهر
 مثلها بكرا مثلا مائة ، وشيئا ثمانين ، فخمس مهرها بكرا أرش البكارة ،
 ان جعلناها كجناية الأجنبي ، سقط من الثمن بحصته وفي أربعة أخماس
 الثمن وجهان ، فان ماتت في يد البائع بعد اغتضاؤه سقط جميع الثمن ،
 وقدر ما يقابل أرش البكارة لا يجب على البائع • وهل يعزم مهر مثلها
 شيئا ؟ (ان قلنا :) الفسخ رفع من أصله لم يعزم (وان قلنا :)
 من حينه ، وجناية البائع كالأجنبي عزم •

هذا التفريح للقاضي حسين ، فانه لم يفرع الا على قوله الأول ،
 وفيه مخالفة كما قاله الرافعي في الحاقه بالأجنبي مطلقا ، وان فسخ
 المشتري فليس على البائع فسخ أرش البكارة وهل عليه مهر مثلها
 شيئا ؟ ان اغتض بالكنه يبنى على أن جنايته كالأفة السماوية يجب أم لا ؟
 وهكذا قال الرافعي ومقتضاه أنا ان قلنا : كالأفة السماوية لم يجب
 وهو صحيح •

(وان قلنا) كالأجنبي وجب وينبغي اذا قلنا ان جنايته كالأجنبي
 فيخرج على أن الفسخ رفع للعقد من أصله ، أو من حينه (ان قلنا :)
 من أصله لم يجب أيضا والا وجب • وفي هذين القسمين زوال البكارة
 من البائع ومن الأجنبي قبل القبض لا يمنع الرد بالعيب القديم ،
 بل هذا عيب آخر مثبت للرد ، وأما اذا اغتضاها المشتري قبل القبض
 فليستشعر عليه من الثمن بقدر ما نقص من قيمتها • وهو تعيب مانع
 من الرد بالعيب القديم ، فان سلمت حتى قبضها فعليه الثمن بكماله ،
 وان تلقت قبل القبض فعليه بقدر نقص الاغتضا من الثمن •

وهل عليه مهر ثيب ؟ يبنى على أن العقد ينفسخ من أصله أو من
 حينه ، هكذا قاله الرافعي ، وجعل القاضي حسين ذلك تفريعا على
 قولنا ان أرش البكارة يفرد عن المهر ، فان قلنا لا يفرد قال فينقرر
 على المشتري من الثمن بقدر ما يقابله باعتبار القيمة • وفي الباقي من
 المهر الوجهان • وبين التقديرين اختلاف ، فاننا اذا أفردنا أرش البكارة

وكان عشرين مثلاً وهو عشر قيمتها قررنا عشر الثمن • وإذا لم يفرد وكان مهرها بكرة مائة أو ثيباً ثمانين غارش البكرة الخمس ، فيتقدر خمس الثمن ، ولنفرض القيمة واحدة في المثالين ، فاذن ما ذكره الرافعى إنما يجيء على القول الضعيف • فان الصحيح أن أرش البكرة يدخل في المهر • وهذا كله إذا لم نجعل وطء المشتري كوطء الأجنبي • وهو الصحيح • وهذا التقرير على طريقة القاضى حسين والرافعى منا • وأما على طريقة الشيخ أبى حامد والرافعى في باب فساد البيع أنه يجب مهر بكر وأرش البكرة متعين ولا يخفى الحكم • وفى وجه افتراض المشتري قبل القبض واقتضاض الأجنبي •

وفرق القاضى حسين بأن ضمان الجناية بالشرع ، غروعى فيه واجب الشرع ، وهذا ضمان معاوضة ، غروعى فيه موجب العقد ، والعقد يقتضى التقييد على الأجزاء ، فلذا قال الفارقى تلميذ المصنف : تكلمت يوماً في هذه المسألة في حلقة الدامغانى قاضى القضاة وهى من مفردات أحمد ، فقلت : قضية العقد التسوية بين المتعاقدين • وحق الرد ثبت للمشتري إذا لم يحدث عنده عيب ، لأنه بذل الثمن ليحصل على مبيع سليم ، فلما فات أثبتنا له الرد جبراً لحقه ، فانه لو أخذ منه الثمن الذى بذله في مقابلة السليم وجعل على المبيع فكان أخلاً بالنظر ، وترك التسوية بينهما ، فلذلك إذا حدث عنده وجب أن يمنع عليه الرد ، لأننا لو جوزنا له ذلك أغضى الى الأضرار بالمنافع ، لأنه خرج المبيع عن ملكه سليماً فلا يجوز رده اليه معينا تسوية بين جانبه وجانب المشتري •

فقال لى (١) : هذا بيان التسوية بينهما وامتناع الرد ، فلم رجحت جانب البائع على جانب المشتري ، حتى ألزمت المشتري المبيع ؟ فقلت : هذا في قضية النظر لا يلزمنى ، لأن مقصودى بيان امتناع الرد على المشتري ، وذلك يحصل بالمعاوضة لمراعاة حق البائع والتسوية بينهما ، فلا حاجة الى بيان الترجيح • ثم أشرع ببيانه (فأقول :) إنما رجحت جانب البائع على المشتري ، لأن البائع إذا ألزمناه أخذ المبيع

(١) لا يزال الحكم منا هو الفارقى تلميذ المصنف • (المطيعى)

بمعنيين عظم الضرر في حقه ، لأنه خرج المبيع عن ملكه سليما من هذا العيب لحدوثه . فانه جزء من ملكه الذي كان ثابتا له ، والمشتري لم يكن في ملكه شيء ففات عليه ، وانما قصد تحصيل شيء على صفة فلم يحصل على تلك الصفة ، وليس الضرر في حق من فاتته شيء كان له حاصلا ، كالضرر في حق من لم يحصل له ما قصده .

(قلت :) قوله : انها من مفردات أحمد قد تقدم أن ذلك قول أبي ثور . رواه عن الشافعي ويوافقه أحد الأوجه في المذهب ، وهو مذهب مالك على تفصيل عنده .

(فرع) أطلق المصنف أن تزويج الأمة مانع من الرد ويطرقة
أمران :

(أحدهما) أنا سنحكي حكاية عن صاحب البيان — وجها ضعيفا —
أن التزويج ليس بعيب وقياس ذلك يطرد ههنا .

(الثاني) لو قال الزوج لها : ان ردك المشتري بالعيب على البائع فأنت طالق فكان قبل الدخول ، ثم وجد بها عيبا قال الروياني في البحر : قال والدي رحمه الله (الأظهر) عندي أن له الرد ، لأن الفرقة تقع عقب الرد بلا فصل ، ولا يخلف النكاح عنده ، قال الروياني : ويحتمل أن يقال : ليس له الرد بمقارنة العيب الرد وعلى ذهني من كلام الغير ما يعضد هذا الاحتمال ، وأنه لو زوجها المشتري للبائع ثم عيبها لم يكن له أن يردها عليه ، وان كان النكاح يفسخ برده لوجود العيب الآن صرح بذلك صاحب التتمة .

وقد ترتب ذلك على أن العلة مع المعلول أو قبله (ان قلنا) بالأول فلم تصادف الزوجية الرد فتصح (وان قلنا) بالثاني فوجهان (أحدهما) لا يصح للمقارنة ، قال الروياني : ولأنه قد يموت عقيب الرد فيلزمها عدة الوفاة ، ولا يقع الطلاق على المذهب الصحيح أى لمصادفته زمان البينونة ، فيؤدى ايجاب القبول الى الحاق الضرر به (والثاني) يصح كما ذكره والد الروياني ، ولأن الزوجية في مثل هذا الحال لا تعد عيبا ،

والأقرب أنه يمتنع لما قاله الروياني ، ولما قدمته ، وحينئذ يبقى كلام المصنف على إطلاقه .

(فرع) إذا وجد المشتري العيب فقبل رده مع كونه في الرد جاء البائع وقطع يده ، غفیه وجهان :

(أحدهما) له الرد ، قال الروياني : وهو الأظهر عندي ، لا لأنه عيب حدث في يد المشتري (قلت) هكذا أطلق هذين الوجهين ، ويحتمل أن يكونا خاصين بهذه الصورة حتى لا يكون فعل البائع مانعا لما شرع فيه المشتري ، ومحل ذلك أن نظر في جميع العيوب الحاصلة في المشتري من جهة البائع فيطرّد ذلك في زوال البكارة من البائع وغيرها ، والكلام المتقدم في زوال البكارة يخالفه .

(فرع) من جملة العيوب المانعة من الرد لو كان غلاما فخلق شعره ، لأنه ينقص من ثمنه ، قاله أبو عاصم العبادي .

(فرع) اشترى فرسا بحمار وخصى الفرس ثم وجد به عيبا ، فالظاهر ومقتضى قول الجمهور ، وبه قال البغوي أنه ليس له الرد إلا برضا البائع ، وقال القاضي حسين في فتاويه : أن لم تنقص قيمته له أن يرد ، وإن نقصت استرد بقدر ما نقص من قيمته من عين الحمار لا من قيمته ، وإن كان الحمار قد تلف استرد من قيمته .

بسم الله الرحمن الرحيم

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فإن قال البائع : أنا آخذ المبيع مع العيب الحادث لم يلزمه دفع الأرض لأنه لم يكن له غير الرد وإنما امتنع [من الرد] للعيب الحادث في يده ، فإذا رضى به صار كأن لم يحدث عنده عيب ، فلم يكن له غير الرد ، وإن قال المشتري : أردته وأعطى معه أرض العيب الحادث عندي لم يلزم البائع قبوله كما إذا حدث العيب به عند البائع فقال : خذه وأنا أعطيك معه أرض العيب لم يلزم المشتري قبوله) .

(الشرح) هذان نوعان من المسألة المتقدمة ، ولا شك أن للبائع والمشتري عند اجتماع العيب القديم والحادث أحوالا •

(أحدها) أن يرضى البائع برده من غير أرش للحادث ، فذلك له وليس للمشتري بعد ذلك إلا أن يمسكه مجانا أو يرده ، ولا يكلف رده كما لا يكلف رده إذا انفرد العيب القديم ، ولا يكلف البائع الأرش ، وهذه الحالة هي المسألة الأولى من كلام المصنف هنا •

(وقوله) لأنه لم يكن له غير الرد يؤيد ما تقدم عن الراعى ويقتضى أن حقه الأصلي هو الرد لا الأرش •

(الثانية) أن يتفقا على امساكه وأخذ أرش العيب القديم ، فذاك جائز بلا خلاف وهو الذى اقتضى كلام المصنف فيما تقدم أنه الواجب لكن بطريق الانتقال من الرد اليه ولا يأتى ههنا الخلاف المتقدم فى كلام المصنف فيما اذا تراضيا على دفع الأرش لاسقاط الخيار ، عند امكان الرد ، والفرق على أحد الوجهين أن الاعتياض هناك عن سلطة الرد ، وهى لا تقابل ، والمقابلة هنا عما فات من وصف السلامة فى المبيع •

(الثالثة) أن يتفقا على الرد مع الأرش وذلك جائز أيضا ، ولم يذكر المصنف هذه الحالة لكن ذكرها الراعى ، وهل أخذ الأرش هنا بطريق الاعتياض ؟ فيرد السؤال المتقدم ، ويكون هنا أقوى ، لأنه فى مقابلة سلطة طلب الأرش ، أو ليس بطريق الاعتياض ولكن يجعل قائما مقام الجزء الفائت بالعيب الحادث ، ويرد الرد عليها كما فى رد الصورة ، ويأتى ذلك البحث الذى هناك أو أنه لما فات ذلك الجزء عند المشتري ، وهو مقابل ببعض الثمن فإذا رد الباقي برضا البائع انفسخ العقد فيما يقابل المردود من الثمن ، وبقي ما يقابل الجزء الفائت لم ينفسخ فيه العقد •

وتظهر فائدة هذا فيما لو كان الثمن عرضا أو نقدا باقيا بحاله أنه لا يسترجع منه مقدار أرش العيب الحادث ، وعلى التقديرين الأولين يسترجع جميع الثمن ويغرم من عنده الأرش أو أنه لما انفسخ

العقد فيه لزمه غرامة ما فات تحت يده كالمستلم ويكون من باب الغرامات المحضة ليس منسوبا من الثمن سيأتى فى كلام المصنف فى مسألة ما لا يوقفه على عيبه الا بكسره ما يدل لهذا الاحتمال الرابع ، وفى كلام الامام فى مسألة الحلى ما يشهد لاحتمال الثانى ، والله أعلم •

وقال : ان القائل بأن المبيع عند التنازع من يدعو الى الامساك يقول : اذا فرض التراضى على الرد وضم أرش العيب الحادث فسيبيله سبيل الاقالة •

(قلت :) وذلك لا يدفع الاشكال ، فان الاقالة فسخ على المذهب فيعود البحث فيها ، ولا يجوز أن يقع الفسخ على شرط أن يضمن المشتري الأرض ، فان ثبت الاحتمال الثانى كما اقتضاء كلام الامام لم يكف أن يبقى فى ذمة المشتري بل لابد من احضاره حتى يجاب كما يدل على ذلك كلام الامام فى مسألة الحلى ، وسأذكرها ان شاء الله تعالى ، وهو يبين ما تقدم من البحث فى المصراة من اشتراط رد الثمر معها ، وفى معرفة قدر الأرض الذى يردده المشتري عن العيب الحادث كلام سيأتى فى معرفة أرش العيب القديم ان شاء الله تعالى •

والذى قاله الأصحاب فى مسألة الغرم أن الرد يرد على العين مع الأرض المردود وفى كلام المصنف هنا ما يقتضى ذلك ، وسنبينه ان شاء الله تعالى • لكن الامام قال هناك : ومما يجب التنبيه له أنا إذا قلنا فى العيب الحادث حيث كان لازما فى الصفقة أن المشتري يضم أرش نقص العيب الحادث الى المبيع ، ويردهما ، فهذا فى أصل وضعه اشكال ، فان التملك بالفسخ رد واسترداد حقه أن لا يتعدى المعقود عليه ، والرد كاسمه ، فتقدير ادخال ملك جديد فى التملك بطريق الرد بعيد ولا وجه يطابق القاعدة الا أن يقول : الرد يرد على المبيع بالمعنيين فحسب من غير أن يقتضى تضمين المشتري أرش المبيع ، بتأويل تقدير الضمان فى حقه وتشبيهه يده بالأيدى الضامنة ، ولكن لا يتعين المردود عليه بذمة الرد ، فيضم الأرض الى المبيع المردود ، فيكون المضموم مستحقا بالسبيل الذى أشرت اليه وليس أرش العيب الحادث مردودا •

ولو قال الراد : أرد ثم أبذل لم يكن له ذلك لعدم الثقة وإذا رد مع الأرض جرى في عين المضموم يتأول أنه ضمن وأقبض لا على أنه ملك بالرد شيئاً لم يرد عليه العقد ، وهذا يدل — لما سيأتى عن المصنف وغيره من الأصحاب — أن الأرض عن الحادث غرامة غير منسوبة من الثمن ، لكن الذى قاله المصنف والأصحاب هناك هو عام في كل عيب حادث ، أو خاص بما لا يوقف على عيبه الا بكسره فيه نظر .

(الحالة الرابعة) ان تنازعا فيذعن أحدهما الى الرد مع أرض العيب الحادث ويذعن الآخر الى الامساك وغرامة أرض العيب القديم ، وهذا يفرض على وجهين لأنه قد يكون طالب الرد هو المشتري ، وهى المسألة الثانية في الكتاب وقد قطع المصنف فيها بأن المجاب البائع ، وقد يكون طالب الرد هو البائع ، والمشتري يطلب الامساك وأخذ الأرض ولم يذكرها المصنف هنا ، ومقتضى اطلاقه فيما تقدم أن المجاب المشتري لأنه جعل الواجب له الأرض الا أن يرضى البائع بالرد أى مجاناً ، وهو هنا لم يرض بالرد الا مع الأرض ، وما اقتضاه كلام المصنف في الصورتين هو الصحيح الذى صححه الأصحاب والرافعى وعبروا عنه بأن المتبع من يذعن الى الامساك لما فيه من تقرير العقد ، ولأن الرجوع بأرض العيب القديم يستند الى أصل العقد ، لأن قضيته أن لا يستقر الثمن بكماله الا في مقابلة السليم وضم أرض العيب الحادث ادخل شيء جديد لم يكن في العقد ، فكان الأولى أولى .

(قلت) وهذا فيه تقوية لما أبديته من الاشكال في أخذ الأرض من المشتري وقد تقدم ما فيه ، ووراء هذا وجهان آخران في طريقة الخراسانيين حكاها غيره — (أحدهما) أن المتبع رأى المشتري ، ويجبر البائع على ما يقوله ، لأن الأصل أن لا يلزمه تمام الثمن الا بمبيع سليم ، فان تعذر ذلك غوضت الخيرة اليه ، ولأن البائع ملبس بترويع المبيع ، فكان رعاية جانب المشتري أولى ، ويروى هذا الوجه عن ابن أبى ليلى ومالك وأحمد ، قال الرافعى : وعن أبى ثور أنه نصه في القديم .

(قلت) وقد تقدم ما نقله الأصحاب عن أبي ثور ، وأنه رواه في القديم ، لكن محله هناك في اجابة المشتري الى الرد ، وأما اجابته الى الامسك فلم أرهم ذكروها هناك (فان قلت :) اذا أجيب في الرد فاجابته في الامسك أولى للمعنيين المتقدمين (قلت) قد يكون أبو ثور يروي أنه ليس حق المشتري الا في الرد مع الأرض ، ولا يسوغ أخذ الأرض كما هو ظاهر قوله : انه يرد السلعة ، فأرشد العيب (والوجه الثاني) وهو الثالث من الأصل أن المتبع رأى البائع ، لأنه اما غارم أو أخذ ما لم يرد العقد عليه وهذه الأوجه الثلاثة ، تحصل (١) في كل من صورتين وجهان ، وهما في الثانية مستويان عند الصيدلاني .

وذكر الشيخ أبو محمد في السلسلة الصورة الأولى التي في الكتاب ، وهي اذا طلب المشتري الرد وغرامة أرض الحادث . وحكى الوجهين فيها وبناهما على القولين فيما اذا اشترى عبيدين ومات أحدهما ووجد بالثاني عيبا وأراد ضم قيمة التالف اليه وانفسخ فيهما ان جوزنا هناك أجبنا هنا والا فلا ، بل يغرم البائع أرض القديم ، وهذا البناء يقتضي ضعف القول باجابة المشتري ، لأن الأصح هناك عدم اجابته في ضم قيمة التالف ، وأيضا فان القولين المذكورين مفرعان على امتناع افراد الموجود بالرد ، وقد تقدم فيه قولان مشهوران فهو خلاف على خلاف . وبني الشيخ أبو محمد الوجهين في الصورة الثانية على القولين فيها اذا اشترى جوزا فكسره فوجده فاسدا ، وقلنا له رده هل للبائع الأرض ؟ قولان (ان قلنا :) له ، أجبنا البائع هنا ، والا فلا .

(قلت :) والأصح على ما سيأتى أنه ليس له الأرض كذلك هنا (الأصح) أنه لا يجاب البائع في هذه الصورة فيسأل الشيخ أبو محمد بالجواز المراد به ما يبقى له قيمة بعد الكسر على ما سيأتى مبينا ان شاء الله تعالى .

(فروع) (الأول) لو زال العيب الحادث قبل علمه بالعيب القديم ثم علمه فله الرد على الصحيح المنصوص في البويطي . وفيه وجه ضعيف جدا . وقال ابن الرقعة : ان الأشبه أن محله فيما لا يرجى زواله ، يعنى عن قرب ، وأما ما يرجى زواله لو زال فلا يمنع من الرد

(١) بفتح الصاد مع التشديد ، وفتح اللام .

قولا واحدا ، ولو زال القديم بعد أخذ أرشه لم يأخذه ، وقد تقدم ما يقتضى اثبات خلاف فيه ، وكذلك هو فى التتمة ، وإن زال القديم بعد أخذه أرشه رده على المذهب •

وقيل وجهان ، كما لو نبت سن المجنى عليه بعد أخذ الدية هل يردّها ؟ • ولو زال العيب الحادث بعد ما أخذ المشتري أرش العيب القديم أو قضى به القاضى ولم يأخذه ، فهل له الفسخ ورد الأرش ؟ • فيه وجهان بناهما الشيخ أبو محمد فى السلسلة على الوجهين إذا قطع كامل الأئمة العليا من يد رجل ثم الأئمة الوسطى من يد آخر ، ويد المجنى عليه ثانيا بالطلب • فأعطيناه الأرش من غير عفو ، ثم قطع الأول الأئمة العليا وأراد الثانى رد الأرش وقطع الوسطى قال (والأصح) أنه ليس [له] ذلك •

(قلت) وكذلك الأصح أنه ليس له الفسخ بعد الأخذ • وكذلك بعد الحكم على ما صححه البغوى ، وجزم ابن الصباغ عن الأصحاب بعد الحكم والقبض أنه لا فسخ ، وجعل محل الوجهين بعد الحكم وقبل الأخذ ، ولو تراضيا وقضيا ، فالأصح أن له الفسخ • قال الرافعى : وكلما ثبت الرد على البائع لو كان عنده يمنع الرد إذا حدث عند المشتري ، وما لا رد به على البائع لا يمنع الرد إذا حدث فى يد المشتري إلا فى الأقل ، ولعله احترز بذلك عما إذا قطع أصبعه الزائدة ، فإن القاضى أبا الطيب قال : عندي أنه يمتنع الرد ، وتبعه ابن الصباغ والعجلى ، لكنى رأيت فى التهذيب أنه لو باع أظف فختنه البائع قبل التسليم وبرئ أو كان به سن شاغية^(١) أو أصبع زائدة ففقلع السن وقطع الأصبع قبل التسليم وبرئ فلا خيار للمشتري •

وهذا يقتضى أن زوال هذه الأجزاء مع البرء ليس بعيب ، ولذلك لم يرد به على البائع ، لكن فى كونه مانعا من الرد نظر إذا لم يكن

(١) سن شاغية أى زائدة أو مختلفة النبتة عما جاورها ، أو مخالفة طولاً وعرضاً لجاورها ودخولاً وخروجاً •

عيباً ، فإن قيل : لأنه جزء من المبيع ورد عليه العقد وقد يتعلق بفواته
غرض ، فينبغي أن يكون كذلك إذا حدث قبل القبض أن يثبت الرد به •

أما إذا وجد ذلك قبل العقد فصحيح أنه لا يثبت الرد به جزماً ،
فإن صح ما قاله صاحب التهذيب مع ما قاله القاضي أبو الطيب تعيين
الاستثناء والاحتراز كما فعل الراغبي ، والا فيصح أن يقول :
كما لا رد به على البائع إذا حدث في يده قبل القبض يمنع الرد إذا
حدث في يد المشتري ، ويبقى الطرفان لا يستثنى منهما شيء ، وسيأتي •
وصاحب التتمة خالف القاضي أبا الطيب ، ولو أخصى العبد ثم علم عيباً
قديمًا فلا رد وإن زادت القيمة ، ولو نسي القرآن أو صنعة ثم علم
به عيباً قديمًا فلا رد لنقصان القيمة • ولو كانت الجارية رضية فأرضعتها
أم البائع أو ابنته في يد المشتري ثم علم عيباً فله الرد ، وإن حرمت
على البائع ، لأن القيمة لم تنقص بذلك ، وقد تقدم نظيرها في رطء
الثيب إذا كان البائع أبا المشتري أو ابنه ولو أطلع على العيب القديم
بعد رهنه فلا رد في الحال •

وفي وجوب الأرض وجهان ، إن عللنا باستدراك الظلامة فنعم ،
وإن عللنا بتوقع العود فلا • وعلى هذا فلو تمكن من الرد رد وإذا
أطلع على العيب القديم بعد الاجارة فإن لم نجوز مع المستأجر فهو
كالمرهون ، وإن جوزناه فهو عيب يرجى زواله ، فإن رضى البائع بأخذه
مستأجراً رد عليه والا تعذر الرد ، ففي الأرض الوجهان • هكذا قال
الراغبي وقاله القاضي حسين في الدرس الثاني بعد أن كان قال : أنه
إذا رهنه أو أجره فهل يفسخ في الحال أو لا حتى ينفك الرهن وتمضي
مدة الاجارة ؟ فيه وجهان إن منعنا لم نجوز له الأرض لأن للرهن
والاجارة غاية معلومة بخلاف التزويج ، وسواء صبر أو فسخ في
الحال فلا اجارة للمشتري •

ولو تعذر الرد بغصب أو إياق قال الراغبي : أنه يجري فيه
الوجهان اللذان ذكرهما في الاجارة ، وسيأتي التعذر بالاباق في كلام
المصنف • وصرح صاحب التهذيب بحكاية الوجهين في أخذ الأرض عند
الاباق والغصب (أحدهما) نعم للتعذر (والثاني) لا لعدم اليأس

وقرار الرقيق على نفسه في يد المشتري تدين المعاملة أو تدين الائتلاف مع تكذيب المولى لا يمنع الرد بالعيب القديم وان صدقه مشتري المولى على دين الائتلاف منع منه فان عفى المقر له بعد ما أخذ المشتري الأرش فهل له الفسخ ورد الأرش ؟ وجهان جاريان فيما اذا أخذ المشتري الأرش كرهنه العبد أو كتابته أو اباقتة أو غصبه أو نحوها ان مكناه من ذلك ثم زال المانع من الرد . قال في التهذيب (أصحهما) لا فسخ .

وان كان دبره أو علق عتقه بصفة ، فله الفسخ ، لأن التدبير يقبل الفسخ . وكذا التعليق قابل للرفع بازالة الملك . قاله القاضي حسين ، وهو ظاهر . وان زوج الجارية أو العبد ثم علم بالعيب ولم يرض البائع بذلك قطع جماعة بوجوب الأرش ، لأن النكاح يراد للدوام فهو كعيب لا يرجى زواله . وقال الراغبي رحمه الله : ان بعضهم قطع بهذا . وأن الروياني والمتولى اختاراه . وهذه العبارة قد تفهم أن بعضهم خرج على الخلاف . قال ابن الرفعة : ولم أر من صرح به (وأما) الكتابة فحكى القاضي حسين فيها وجهين وقال : الأظهر على المعنى أنه لا يفسخ . وقال الماوردي : انه لا رد ولا أرش لعدم اليأس ولا استدراك الظلامة بالنجوم^(١) .

وقال الراغبي : الأظهر أنه كالرهن وأنه لا يحصل الاستدراك بالنجوم ، يعني لأنها في الحقيقة ماله ، وقال في النتمة : انه ان امتنع البائع من القبول أو قلنا تبع المكاتب لا يجوز ، فانه يجب الأرش (وقال) الراغبي رحمه الله تعالى : ان في النتمة أن الكتابة كالترويج . ومراده في وجوب الأرش (وأما) في جواز الرد فقد علمت بناء صاحب النتمة على جواز بيع المكاتب ، فليست كالترويج مطلقا ، فقد اجتمع في الكتابة أربع طرق (أصحها) أنه كالرهن فلا يفسخ في الحال ولا يجب الأرش على الأصح ، وهي طريقة الراغبي .

(١) النجوم في المكاتب ان يؤدي العبد ثمنه لسيده اقساطا منجمة .

(المطيعي)

(الثانى) أنه لا يرجع بالأرث في الحال قطعاً وهى طريقة
المأوردى .

(الثالث) القطع بوجوب الأرث وهى طريقة صاحب التتمة .

(الرابع) أنه ينفسخ . وهو ما أشعر به كلام القاضى حسين في
قوله : الأظهر أنه لا فسخ ، وهذه العلة بناء على جواز بيع المكاتب ،
وأنة تبطل الكتابة ، وهو أحد الوجهين على القديم ، بل يتعين تفريعه
على ذلك . وتكون الطرق الثلاث على امتناع بيعه ، ولو أخذ الأرث
ثم عجز المكاتب أو طلق الزوج فعلى الوجهين المتقدمين في زوال العيب
بعد أخذ الأرث .

(فرع) لو أنعل الدابة ثم علم بها عيباً قديماً ان لم يعيها فزع
النعل ، بأن تكون كانت موجودة في يد البائع وسمر المشتري النعل
فيها ولم يكن يحدث بقلعها فزع فله فزع والرد ، فان لم ينزع في
هذه الحالة لم يجب على البائع قبول النعل ، والفرق بين النزع هنا
والنعل في يده طلب الخصم أن ذلك اشغال يشبه الحمل عليها وهذا
تفريع . وقد تقدم ما ذكره القاضى في أن اشغال المشتري بجز الصوف
مانع من الرد . وذكرت هناك هذه المسألة على سبيل الايراد عليه ،
ولعله يطرده فيهما بل يتعين ذلك ، فان بابه وجوب المبادرة بالتلفظ
بالفسخ ، وان كان نزع الحافر يخرم نقب المسامير ويعيب الحافر
فنزع ، بطل حقه من الرد والأرث ، وفيه احتمال للإمام .

ولو كان نزع قبل الاطلاع على العيب — فان حصل به نقص —
كان كسائر العيوب الحادثة في الأرث ، ولو ردها مع النعل أجبر البائع
على القبول ، وليس للمشتري طلب قيمة النعل ، ثم ترك النعل هل هو
تعليك من المشتري ؟ فيكون للبائع لو سقط ، أو اعراض فيكون للمشتري ؟
(وجهان) أشبههما الثانى . هذا اذا جرى الترك وحده ، فان حصل
لفظ الهبة حصل الملك ، وقيل بجريان الخلاف وقد تقدم ذلك في
الأحجار في باب بيع الأصول والثمار ، وليس له على قولنا انه لا يملك
المطالبة به ما دام متصللاً ، ولو طلب نزع قبل الرد بالعيب فله ذلك ،

وفيه دليل على أنه لا يجب عليه البذل ابتداء ، وبه صرح الامام .
ولو قال المشتري لا أسمح بالنعل ، وطلب الأرض عن العيب القديم
لأنه لا يلزمني المسامحة وقلعه يقتضى حدوث تعيب . قال الغزالي :
لم يكن ذلك فانه كالحصص في مؤنة الرد .

(فرع) اذا صبغ المشتري الثوب ثم اطلع على عيب قديم ،
فان نقصت قيمة الثوب بالصبغ فلا اشكال في أن ذلك عيب حادث ،
وحكمه ما تقدم عند الوفاق أو التنازع ، وأما اذا زادت القيمة فقد قال
صاحب التقريب ، ثم الامام والغزالي والراغبى : انه ان رضى المشتري
بالرد من غير أن يطالب بشئ فعلى البائع القبول وهذا لا نزاع فيه .
وقد أطلق ابن الصباغ والبغدنجي أنه اذا صبغه لم يكن له رده مصبوغا
ويرجع بالأرثى ، وحمله ابن الرفعة على ما اذا حصل بالصبغ نقص
توفيقا بينه وبين ما قال الامام ، والأولى عندي أن لا يحمل على
ذلك لما يدل عليه آخر كلامه ، بل مراده أنه ليس له الرد اذا لم
يسمح بالصبغ فان سمح لم يتعرض له فهذه الحالة التي ذكرها صاحب
التقريب والامام لم يتعرض لها ابن الصباغ وكلامه مطلق يجب تقييده .

قال الامام : ويصير الصبغ ملكا للبائع لأنه صفة للشوب لا ترايله ،
وليس كالنعل (قلت) لكن في ادخاله في ملكه شبه من مسألة اختلاط
الثمار ، وفيها خلاف لأجل المنة بخلاف النعل فانه تابع والصبغ فوق
النعل ودون الثمار . ولو طلب المشتري أرثى العيب القديم وقال البائع :
رد الثوب لأغرم لك قيمة الصبغ ففيمن يجاب وجهان (أحدهما) وبه
قطع الشيخ أبو حامد والمحاملى في التجريد والمجموع وابن الصباغ
والمتمولى أن المجاب البائع ولا أرثى للمشتري . (والثاني) وبه قال
أبو حنيفة : ان للمشتري أن يطالب بالأرثى وهذا مما يعين أن كلام
ابن الصباغ في الصبغ الذى حصلت به زيادة . وانما أهمل القسم
الذى ذكره صاحب التقريب والامام . أو يكون لا يختار الاجبار على
ذلك . ويفرق بينه وبين النعل فيبقى كلامه على إطلاقه . والفرق بين
هذه المسألة حيث أجبتا البائع وبين ما اذا طلب أرثى العيب الحادث
حيث نجيب المشتري على الصحيح ظاهر . فان المشتري هنا يأخذ قيمة

الصبغ والتمن يستدرك ظلامته ، ولا يغرم شيئا هناك لو ألزمناه بالرد مع أرش الحادث ، غرمناه لا مقابلة شيء أخذه .

ونظير مسألتنا هذه أن يطلب البائع رده مع العيب الحادث من غير أرش ، فانه يجب قطعا ، ولو أراد المشتري الرد وأخذ قيمة الصبغ مع الثمن ففى وجوب الاجابة على البائع وجهان (أحدهما) لا يجب ، وهذا الصحيح ينطبق عليه كلام ابن الصباغ قطعه بوجوب الأرض ان لم يحمل على صبغ تنقص به القيمة .

وقال الرافعى والنووى فى الروضة كما قال (أحدهما) لا يجب قال : لكن يأخذ المشتري الأرض ، والامام لم يتعرض لذلك ، وستأتى التنبيهات التى أذكرها الآن ان شاء الله تعالى ببيان الحال فيه ، وهى ذلك محتتم ؟ أو ثم طريق غيره ؟ وههنا تنبيهات فى هذا الفرع :

(أحدهما) أن الامام لما حكى الخلاف فى الطرفين — أعنى طلب المشتري الامساك وأخذ الأرض أو الرد وأخذ قيمة الصبغ — شبهه بالخلاف فى الاجبار على ضم الأرض ورد البيع ، وقال : فقد جرى الصبغ الزائد مجرى أرش العيب الحادث فى طرفي المطالبة قال الرافعى : ومعناه أنه اذا قال البائع رده مع الأرض وقال المشتري : أمسك وأخذ الأرض ، ففيمى يجب ؟ وجهان ، وكذا اذا قال المشتري : أرد مع الأرض ، وقال البائع بل أغرم الأرض ، وهذا ظاهر للمتأمل فى الوجوه الثلاثة المذكورة هناك اذا أفرد أحد الجانبين بالنظر .

ووجه المشابهة بين الصبغ الزائد وأرش العيب الحادث أن ادخال الصبغ فى ملك البائع مع أنه دخيل فى العقد كادخال الأرض الدخيل فى العقد ، هذا كلام الرافعى رحمه الله ، ومراده و مراد الامام أن البائع والمشتري اذا طلب أحدهما الرد يعطى البائع قيمة الصبغ وطلب الآخر الامساك مع الأرض ، فمن المجاب ؟ وجهان (أحدهما) على ما تقدم أن المجاب البائع فى الحالتين (والثانى) أن المجاب المشتري فى الحالتين .

وقال الغزالى فى البسيط قريبا مما قاله الامام . وقال فى الوجيز :

ان ادخال الصبغ كادخال أرش العيب الحادث ، قال الرافعي رحمه الله تعالى : ظاهره يقتضي عود الأوجه الثلاثة ههنا ، ثم يقال : المجاب منها في وجه من يدعو الى فصل الأمر بالأرش القديم ، وقد صرح به في الوسيط ، ولكن رواية الوجه الثالث لا تكاد توجد لغيره ، وبتقدير ثبوته فقد بينا ثم أن الأصح الوجه الثالث وههنا قضية ايراد الأئمة أنه لا يجاب المشتري اذا طلب الأرض كما مر .

قلت : وكلامه في الوجيز ظهوره فيما قال الرافعي رحمه الله ، يمكن حمله على ما في النهاية والوسيط (وأما) كلامه في الوسيط فانه قال : ان طلب قيمة الصبغ فهل يجب على البائع في رد الثمن ؟ فيه وجهان .

(وان قلنا) لا نكلفه قيمته فهو كعيب حادث ، فتعود الأوجه فيه في أن تملك شيء حادث أولى أو تعزيم أرش العيب القديم ، وهذا صريح كما قال الرافعي ولكن فيه زيادة اشكال في بادئ الرأي غير ما ذكره الرافعي ، وهو أنه جعل الأوجه الثلاثة مفرعة على القول بعدم اجبار البائع على بذل قيمة الصبغ ، وبسبب الرهن الي أن هذا هو القول باجابة البائع ، ولا يبقى بعده الا وجهان ، اجابة المشتري أو اجابة من طلب الأرض ، فكيف تأتي ثلاثة تفريعا على أحد الوجهين ؟ .

وحل هذا الاشكال بأن يكون المراد أنا اذا لم نجبر البائع على بذل قيمة الصبغ فالبصير ملك المشتري والثوب تنقص قيمته باتصاله بصبغ لا يدخل معه في التقويم فهو عيب حادث ، فان تراضيا على أرش الحادث قوم الثوب وبه العيب القديم خاليا عن الصبغ ، فاذا قيل : عشرة يوم وبه العيب القديم ، وقد اتصل به الصبغ لم يدخل في التقويم ، فاذا قيل : تسعة ، علم أن الفائت درهم ، فيبذله للبائع مع الثوب ، ويسترجع ثمنه ، ويبقى الصبغ في الثوب للمشتري ، فان تراضيا على هذا المسلك أو على أرش العيب القديم فذلك ، وان تنازعا في هذين المسلكين فعلى وجه يجاب البائع ، فان اختار دفع الأرض عن القديم أو أخذ الأرض عن الحادث عرض على المشتري ، فان أباه سقط حقه ،

وعلى وجه يجاب المشتري ، فان طلب الأرش عن القديم ولم يرض
البائع بأخذ الثوب معيبا بسبب الصبغ ولا يبذل قيمة الصبغ أجبر على
بذل الأرش .

وان طلب الرد مع غرامة أرش العيب الحادث واستعادة الثمن
أجبر على ذلك وعلى وجه يجاب الداعي الى الأرش القديم أخذا أو بدلا
هكذا شرح ابن الرفعة ولم يلتزم بمقتضى كلام الامام من التشبيه .
وقال : يجوز أن يقول : لا يجبر البائع على بذل قيمة الصبغ ، ويجبر
على قبول أرش العيب الحادث ، والفرق أن الأرش غرامة عما فُت
من ملكه الذى خرج منه ، ومألوف فى الشريعة أن يجبر الانسان على
أخذ ماله أو يبرأ منه ، واجبار البائع على بذل قيمة الصبغ اجبار على
تملك شئ مبتدأ ، يبذل لا على طريق الغرامة ، ومثل ذلك غير مألوف
فى الشرع ، ثم اعترض ابن الرفعة على نفسه بقول الغزالي بعد ذلك :
ولم يذهب أحد الى أن المشتري يبقى شريكا بالصبغ ، وتأوله على
أن المراد لم يذهب أحد الى أنه ليس له الا ذلك أو سقط حقه يعنى
بأن هو مخير بين ذلك وبين أخذ الأرش .

قلت : ويؤيد هذا التأويل فرق الغزالي بأن المشتري يتضرر بذلك ،
بخلاف الغاصب ، والمشتري انما يتضرر بتعين هذه الطريق عليه
كالغاصب لا بالتخيير ، وسأتكلم على ما يقوى التأويل أو يضعفه
فى التنبيه الثانى ، فان صح هذا التأويل اندفع هذا الاشكال الثانى
عن الغزالي ، ولم يبق الا ما ذكره الرافعى ، وحينئذ أقول ما ذكره
الغزالي فى الوسيط من هذا الفرع الذى تجرى فيه الأوجه الثلاثة
بين رد الثوب بدون الصبغ أو بينه وبين أخذ أرش العيب القديم ،
هل يجاب فيه البائع أو المشتري ؟ أو طالب الأرش القديم ؟ فرع
زائد ، وكلام النهاية والوسيط والوجيز ساكت عنه .

وليس ما صرح به فى الوسيط تصريرا بمقتضى ما ذكره فى الوجيز ،
كما أشار اليه الرافعى رحمه الله ، بل كلامه فى الوجيز فى ادخال
الصبغ فى ملك البائع قهرا ، وكذلك كلام النهاية والوسيط .

وأما كلامه في الوسيط ففي ادخال الثوب مع أرشه بدون الصبغ
فان احدهما من الآخر ؟ فلا يكون ما ذكره في الوسيط وجها ثالثا في
تلك المسألة كما اقتضاه كلام الرافعي رحمه الله ، بل ثلاثة أوجه في
مسألة زائدة ، ويجوز أن يكون الأصح منها أيضا أن المجاب من يدعو
الى الارش القديم كما هو الاصح هناك ، ولا ينافي ايراد الأئمة هنا
أن المشتري لا يجاب اذا طلب الارش كما قال الرافعي رحمه الله أنه
مر ، لأن الذي مر أنه لا يجاب المشتري اذا طلب الارش وطلب البائع
بذل قيمه الصبغ أما اذا طلب المشتري الارش حالة امتناع البائع من
بذل قيمة الصبغ فكما مر .

(التنبيه الثاني) قال الامام : لا صائر الى أنه يرد ويبقى شريكا
في الثوب كما في المصوب . والاحتمال متطرق اليه ، وأجاب الغزالي عن
هذا الاحتمال بأن المشتري يتضرر بذلك بخلاف الغاصب ، فإنه يبقى
شريكا ولا يلتفت الى تضرره لعدوانه ، وأعرض ابن خلكان بأن غريم
المفلس يرجع في الثوب التي زادت قيمتها بالصبغ ، ويكون شريكا ، ولم
يحصل من المفلس عدوان وأجاب ابن الرفعة بأن المقصود في المفلس
دفع ضرر البائع ، فإذا رجح حصل الضرر للمفلس تبعا ، والمقصود في
الرد بالعيب دفع ضرر المشتري برده ، وجعله مشتركا يقع له ضرر
مقصود أكثر من ضرر العيب .

وأنا أقول : ان غريم المفلس اذا رجح في الثوب دون الصبغ لم
يحصل ضرر للمفلس بالشركة ، لأن ماله مبيع كله ، وقد قال الأصحاب :
ان الثوب يباع ويكون الثمن بينهما على ما تقتضيه القسمة ، على أنهم
اختلفوا هل يكون كل الثوب للبائع وكل الصبغ للمفلس أو يشتركان
فيهما جميعا ؟ على وجهين ، وفي الرد بالعيب لا يجب على أحد منهما
البيع ، فيحصل الضرر تبعا للشركة .

واعلم أن هذا الاعتراض والجوابين عنه بفاء على ما دل عليه
كلام الغزالي من أن عدم القول بالشركة هنا لأجل ضرر المشتري ،
وأن المقصود أنه لا يجب ذلك عليه كما أوله ابن الرفعة ، وعليه يدل
تنظير الامام له بالغصب ، وأول كلام الامام وهو قوله : ولم يصير

أحد من الأصحاب الى أن المشتري يرد الثوب ويبقى شريكا محتمل له ، أى على سبيل الايجاب عليه كما يجب على الغاصب ، وعليه يستقيم فرق الغزالي ويأتى اعتراض ابن خلكان عليه بسبب أن المفلس يجبر على ذلك من جهة البائع ، ويأتى الجوابان المتقدمان .

لكن فى آخر كلام الامام ما يقتضى أن ذلك على سبيل الجواز ، غانه قال : وهذه المسألة ذكرها صاحب التقريب وأشار اليها العراقيون والاحتمال فيها من الجهة التى ذكرتها وهو تجويز الرد مع ملك المشتري فى عين الصبغ . فلما قد نجعل الغاصب اذا صبغ الثوب شريكا . انتهى .

نقول الامام هنا تجويز الرد يدل على أن ذلك ليس على سبيل الايجاب بل على سبيل الجواز ، وحينئذ لا يأتى تأويل الكلام الذى قاله الغزالي ، لأن مقتضى كلامه الآخر والأول لم يقل أحد بجواز الرد مع الشركة . فيتوقف التأويل المذكور . وحينئذ لا يبقى فرق الغزالي بضرر المشتري متجها ، لأنه قد يختار ذلك ، فلا يكون المنع حينئذ لضرره ، بل لضرر البائع وهو مثل ضرر المصوب منه . والأولى اذا انتهينا الى هذا المقام أن نصح تأويل كلام الغزالي فى الوسيط غانه أخبر لكلام امامه .

وأول كلام الامام محتمل ، ولفظة الجواز فى آخره ليست صريحة فى نفى الوجوب فيرد اليه ، فهذا أولى من أن يجعل فرق الغزالي واقعا فى غير وجه كلام الامام ويكون الذى اتفق الأصحاب عليه أنه لا يتعين حق المشتري فى أن يرد الثوب ويصير شريكا ، ويقتضى ذلك أنه لو دعى البائع لا يجب على المشتري [الرد] ، وفيه شئ مما ذكره عن صاحب التهذيب .

(التنبيه الثالث) أن صاحب التهذيب قال : ان لم يمكنه نزع الصبغ فان رضى البائع بأن يرده ويكون معه شريكا فى الزيادة رده ، وان أبى أمسكه وأخذ الأرض وقد تقدم ذلك عن صاحب التهذيب ، ذكره هناك فقلوه : ان رضى البائع بالشركة ان أراد يجوز للمشتري

أن يرده فصحیح • لأنهما إذا اتفقا على ذلك لا اشكال في الجواز ،
وان أراد أنه يجب على المشتري الرد أو يسقط حقه ، فهو الذي نقل
الامام والغزالي أنه لم يقل به أحد من الأصحاب •

وأما قوله : وان أبى أمسكه فان أراد أن البائع إذا امتنع من
الشركة تعين حق المشتري في الأرض وأنه لا يجوز للمشتري الزامه
وهو ظاهر كلامه فهو موافق لما قاله الراعي ومخالف لما حكاه
الغزالي في الوسيط من جريان الأوجه الثلاثة • لكنه موافق للأصح
منها ، وهو اجابة من يدعو إلى الأرض القديم ، فينبغي أن يكون معنى
كلام صاحب التهذيب أنه ان أراد البائع أن يرد ويصير شريكا جاز
للمشتري الرد وان امتنع البائع تعين على المشتري الامساك ، وأخذ
الأرض ، يعني على الصحيح والظاهر أن صاحب التهذيب لم يلاحظ
الضرر الحاصل للمشتري من الشركة ، وانما النظر الى ضرر البائع •
ويجب النظر الى كل منهما ، كما نظرنا الى كل منهما عند اجتماع العيب
الحادث والقديم • فنخلص من ذلك ما ذكره ان شاء الله تعالى •

(التنبيه الرابع) الذي تخلص مما تقدم أن المشتري ان طلب
الرد ، ولا يطالب بشيء أجيب قطعا وأجبر البائع عليه فان اتفقا
على الرد مع قيمة الصبغ جاز قطعا • وان اتفقا على أخذ الأرض عن
العيب القديم جاز قطعا ، وان اتفقا على رد الثوب مع بقاء الصبغ على
ملك المشتري جاز على تعذر من كلام صاحب التهذيب والامام والغزالي
على تأويله ، وذلك مع الأرض عن نقصان الثوب بالصبغ أو بدونه
ان تراضيا على ذلك ، وان طلب المشتري قيمة الصبغ وامتنع البائع
لم يجبر على الصحيح • وان طلب المشتري الأرض عن العيب القديم
وامتنع البائع من بذل قيمة الصبغ أجبر البائع على اعطاء الأرض القديم
على الصحيح الذي اقتضاه كلام الوسيط •

وان طلب المشتري الرد مع الشركة وأن يرد أرض نقص الثوب
بالصبغ لم يجبر البائع على الصحيح • وان طلب المشتري الأرض عن
القديم وطلب البائع بذل قيمة الصبغ ، فالمجاب البائع على الصحيح ،
وقد تقدم الفرق بين هذه المسألة وبين بقية المسائل التي نجيب

فيها من طلب تقرير العقد ، وان طلب البائع الرد مع الشركة في الصبغ
لم يجبر المشتري عليها على ما تقدم عن الامام ، وفيه ما تقدم عن
صاحب التهذيب •

(فرع) لو صبغ المشتري الثوب ثم باعه ثم علم بالعيب قطع
ابن الصباغ ، والمحاملي في التجريد بأنه ليس له الأرش لأن المشتري
قد يرده عليه ويرضى البائع بأخذه ، وكذلك اذا كان ثوبا فقطعه وباعه
ثم علم بالعيب •

(فرع) لو قصر الثوب ثم وقف على عيب فينبى على أن
القصاره عين أو أثر (ان قلنا) بالأول فهي كالصبغ (وان قلنا)
بالثاني رد الثوب بلا شيء ، فهي كالزيادة المتصلة •

قال الراغب رحمه الله : وقطع الزبيرى في المقتضب بأن له الرد
اذا زادت قيمته بالقصاره ، وليس فيه مخالفة لما قاله الراغبى •
ولو لبس الثوب فتغير باللبس امتنع الرد وله الأرش • قال الزبيرى
أيضا : وهو ظاهر • لو اشترى شاة فذبحها ثم وجد بها عيبا فله الأرش ،
فان رضى البائع بقبولها مذبوحة فلا أرش للمشتري لامكان الرد ولا
أجرة على البائع للذبح ان ردت عليه ، لأن الذبح أثر هو نقص • هكذا
قال الماوردى •

آخر (١) ان كان ثوبا غضاظه استحق الأرش ، فان رضى البائع
بقبوله ان بذل الأجرة فله ان يرجع به مخيطا لأن في الخياطة عيبا زائدا •
قاله الماوردى •

آخر : لو اشترى عصيرا حلوا فلم يعلم بعيبه حتى صار خمرا
فله الأرش • وليس له رد الخمر واسترجاع ثمنه • سواء أراضى
البائع بقبوله أم لا • لتحريم المعاوضة على الخمر ، فلو صار الخمر

(١) يريد : « قول آخر أو وجه آخر أو نوع آخر » . (المطبعي) •

خلا فقال البائع : أنا أسترجع الخل وأرد الثمن ولا أدفع الأرضى كان له ذلك ، لأن الخل عين العصير ، ولا مانع من المعاوضة ولا للمشتري فيه عمل يفوت عليه . وهذا من تفريع أبى العباس بن سريج . قاله الماوردى والرافعى . ويحتمل أن يكون ذلك على ما خرج ابن سريج من وجوب الارش اذا باع المبيع أو وهبه .

أما اذا قلنا بالذهب وهو أنه لا يجب الأرضى فى ذلك لعدم اليأس كما سيأتى فالرجوع بالأرضى فى حالة كونه خمرا ينبغى أن يمتنع الآن لاحتمال أن يعود خلا كما اذا وهبه .

ثم قولهم للبائع أن يسترجع الخل ولا يدفع الأرضى ، ظاهر ذلك يقتضى أنه ليس للمشتري حيثنذ أن يطالبه بالأرضى للعلة المذكورة ، ولكن العلة المذكورة وهى أن الخل هو عين العصير يقتضى أن المشتري أيضا اذا طلب الرد له ذلك . وان امتنع البائع وطلب الأرضى ، ويكون ذلك كما لو كان باقيا بحاله ، ولم أجد فى النقل ما يوافق ذلك ولا ما يخالفه .

آخر : لو اشترى ذمى من ذمى خمرا ثم أسلما فوجد المشتري بالخمر عيبا ينقص العشر من ثمنه . قال أبو العباس ابن سريج : للمشتري الأرضى وهو عشر الثمن ولا رد ، ولا يبطل ذلك اسلامهما . وهو قول محمد بن الحسن ، فان قال البائع : أنا آخذ الخل وأرد الثمن ، فله ذلك . ولو كان المشتري علم العيب قبل اسلامهما فلم يرد حتى أسلما لم يكن للمشتري بعد اسلامه الرد ولا الرجوع بالأرضى . أما الرد فلحدوث الاسلام ، وأما الأرضى فلامكان الرد قبل الاسلام ، فلو كان أسلم البائع وحده بعد تباع الخمر لم يجز للمشتري رده عليه بالعيب . ولو كان المشتري أسلم وحده جاز ، لأن استرجاع البائع تملك للخمر . والمسلم لا يملك الخمر . ورد المشتري ازالة الملك ، والمشتري يجوز أن يزيل ملكه عن الخمر . قاله الماوردى عن ابن سريج .

(فرع) اشترى جارية بعبد ، ثم وجد بالجارية عيبا قديما فردها ، ووجد بالعبد عيبا حادثا عند بائع الجارية قال ابن سريج :

يأخذ مشتري الجارية التي ردها العبد معييا ، وليس له المطالبة لبائع الجارية بأرش العيب الحادث عنده ، أو يأخذ قيمته ان اختار عدم استرداده .

قال الامام : وهكذا نقل عن القاضي حسين ، وليس الأمر كذلك عندنا بل الوجه أن يرد الجارية ويسترد العبد ويطلب أرش العيب الحادث ، لأن العبد مضمون بالقيمة لا بالثمن ، لأنه بعد رد الجارية لو تلف العبد في يد بائع الجارية فصاحب الجارية يرد قيمة العبد .

قال الامام : والذي قاله ابن سريج ليس بعيدا عن الصواب بدليل أن الزوج اذا أصدق زوجته عبدا ثم طلقها قبل المسيس وعاب العبد في يد الزوجة تشطر العبد وعاد نصفه الى ملك الزوج ، والزوج بالخيار بين أن يرجع بنصف قيمة العبد سليما وبين أن يرضى بنصفه معييا ، ولا يكلفها ضم أرش العيب الى نصف العين ، هكذا يمكن أن يقال في مسألة العبد بالجارية ، لكن بين المسألتين فرق ظاهر لا يخفى . حكى الامام المسألة في آخر العصب ، ثم أعاد في كتاب الصداق ، وذكر الفرق بين مسألة العبد والجارية وبين مسألة الصداق ، وذكر الغزالي مسألة العبد والجارية في آخر كتاب العصب ، وجزم القول بأنه اذا استرد العبد معييا لم يجز له طلب الأرش ، بل عليه أخذه أو أخذ قيمته . ثم أعاد المسألة بعينها في الصداق ، وقال يأخذ العبد معييا وله طلب الأرش فنناقض اختياره في الوسيط .

وقال في البسيط هنا بعد ذكر الحكم في مسألة العبد والجارية ، انه يأخذ العبد معييا ويطلب بالأرش . وفي الزوج اذا عاد اليه نصف العبد بالطلاق وهو معيب ، وعليه أن يقنع بالمعيب وفرق بينهما ، قال بعد ذلك : وسمعت الامام في التدريس يقول : ان من أصحابنا من ذكر وجهها في الصداق في مسألة العبد والجارية من مسألة الصداق أن لا يطالب بالأرش والظاهر الفرق ، ولست واثقا بالفعل ، وانى لم أصادفه في مجموعه . قال أبو اسحاق ابراهيم بن عبد الله بن عبد المنعم ابن علي بن محمد ، وهو ابن أبي الدم : قوله « في مجموعه » يريد « نهاية المطلب » وذكر الامام مسألة العبد والجارية في آخر النهاية

بعد أن فرغ من شرح سواد مختصر المزني ، وذكر بعده مسائل مبددة سردا متنوعة • قال : انما ذكرتها خوفا من أن أكون أهملتها في مواضعها ، فان كنت أهملتها فذكرها مفيد ههنا ، وان كنت ذكرتها لم تضر اعادتها قال : اذا باع عبدا بثوب ففصله صاحب الثوب وقطعه ، فوجد الثاني بالعبد عيبا قديما فله رده •

ثم اذا رده حكي الشيخ وجهين (أحدهما) يسترد الثوب مقطوعا ويسترد أرش النقص ، وهذا هو القياس ، لأن الثوب لو تلف في يد آخذه ثم رد عليه العبد بالعيب غرم تمام القيمة ، فكذلك يجب أن يغرم أرش النقص (والوجه الثاني) انه اذا رد العبد وصادف الثوب معيبا فهو بالخيار ان شاء رضى بالثوب معيبا واسترده من غير أرش وان شاء ترك الثوب ورجع بقيمته غير معيب ، فان اختار أخذ الثوب فلا أرش له ، قال الشيخ : استهر من كلام الأصحاب أن المتبايعين اذا تخالفا وكان عاب المعقود عليه في يد أحدهما فانهما يترادان ، ويرجع على من نقص العوض في يده بأرش النقص عند التفاسخ ، فلا فرق بين هذه المسألة ومسألة العبد والثوب فان طرد صاحب الوجه الثاني مذهبه في مسائل التخالف كان ذلك خرقا من الإجماع ، وان سلمه بطل هذا الوجه بالعيب أيضا • وتشبه الشيخ أبو على بأجراء الخلاف في مسألة التخالف • هذا كلام الإمام في النهاية ، وقول الشيخ في ذكر الوجهين ، وفي قوله استهر من كلام الأصحاب • هكذا وجدته في النهاية مطلقا • وفيما نقله ابن أبي الدم عن النهاية أنه أبو على في الموضعين • وقد ذكر القاضي حسين في الفتاوى اذا باع حمارا بفرس فمشتري الفرس أخصاه ، ثم وجد بالحمار عيبا ، قال ان لم ينقص الاخصاء منه شيئا استرده ، ولا شيء ، وان نقص بعض قيمته رد فرسه وأرش النقص • وفي هذا الكلام مخالفة لما تقدم في صدر هذا الفرع من النقل عن القاضي •

وقال القاضي أيضا : لو باعه بفرس وعشرة دنانير وأخصى المشتري الفرس ورد الحمار بعيب ونقصت قيمة الفرس ، استرد الدنانير والفرس وأرش النقص وذكر الراغب رحمه الله هذا الفرع وقال فيه : اذا رجع النقصان — يعنى في الثمن — الى الصفة كالشلل ونحوه لم يغرم الأرش في أصح الوجهين ، كما لو زاد زيادة متصلة يأخذها

مجانا ، وينبغي أن يحمل كلامه على موافقة ابن سريج في تخيير المشتري
لا أنه يتحتم عليه أن يأخذ الثمن ناقصا .

وذكر النووي في الروضة في آخر مسألة من هذا الباب هذا
الفرع من زياداته فقال : قال القفال والصيدلاني وآخرون : لو اشترى
ثوبا وقبضه وسلم ثمنه ، ثم وجد بالثوب عيبا قديما فرده فوجد
الثمن معيبا ناقصا الصفقة بأمر حدث عند البائع يأخذه ناقصا ، ولا شيء
له بسبب النقص .

وفي احتمال لامام الحرمين ذكره في باب تعجيل الزكاة ، وكل
ما ذكره فيه مفيد ، غير أنه كان الأولى ذكره مع كلام الرافعي رحمه الله
فيه ، فإنه ليس مسألة زائدة عن الرافعي ، وما ذكره عن القفال
وغيره هو الذي صححه الرافعي ، وما ذكره من احتمال الامام هو
الوجه الآخر ، قال صاحب التتمة : ولا يمتنع عليه رد الجارية ، سواء
أكان العيب الذي بالعبد مثل عيب الجارية أو أكثر من جنسه أو من غير
جنسه ، كما لو كان العيب يساوي أضعاف ثمنه ، فإن له الرد بالعيب ،
وان كان الضرر في الرد أكثر منه في الامساك .

(تنبيه) قوة كلام المصنف تقتضي أن النقص حصل عند المشتري ،
ولكنه لم يصرح به هنا كما صرح به في التنبيه بقوله : وقد نقص المبيع
عند المشتري ، وهو احتراز عما لو علم العيب قبل القبض وقد نقص ،
فإن ذلك لا يمنع الرد ، لأن النقص عند البائع مضمون عليه ، وهذا ظاهر
فما إذا لم يعلم المشتري بالنقص المذكور ، وكذلك لو علم ورضى به
ثم علم عيبا آخر ، كما لو اشترى عينا علم بها عيبا ورضى به ،
ثم وجد عيبا آخر .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإذا أراد الرجوع بالأرض قوم البيع بلا عيب ، فيقال :
قيمه مائة ثم يقوم مع العيب فيقال : قيمته تسعون ، فيعلم أنه
قد نقص العشر من بدله فيرجع على البائع بعشر الثمن ، ولا يرجع

بما نقص من قيمته ، لأن الأرض بدل عن الجزء الفائت ، ولو فات المبيع كله رجع على البائع بجميع الثمن ، فإذا فات قدر العشر منه رجع بعشر الثمن كالجزء لما ضمن جميعه بالدية ، ضمن الجزء منه بجزء من الدية ، ولأنا لو قلنا : انه يرجع بما نقص من قيمته أدى الى أن يجتمع الثمن والمثل للمشتري ، فانه قد يشتري ما يساوي مائة بعشرة فإذا رجع بالعشرة رجع جميع الثمن اليه فيجتمع له الثمن والمثل وهذا لا يجوز) .

(الشرح) قد تقدم تفسير الأرض ، وأنه جزء من الثمن نسبته اليه نسبة ما ينقص العيب من المبيع لو كان سليما الى تمام القيمة ، وبيان ذلك بالمثال الذي ذكره المصنف هنا ، وبه مثل الشافعي رحمه الله ، فإن الذي نقصه العيب من المبيع السليم عشرة فيرجع بعشر الثمن ، فالقيمة معتبرة للنسبة خاصة ، ولا فرق عند الأصحاب بينه وبين ضمان الغصب والسوم والجنابة بأنا اذا ضمننا في هذه المواضع ما نقص من القيمة لا يلزم الجمع بين البدل والمبدل ، وفي الأرض يلزم الجمع بين الثمن والمثل .

قال الشيخ أبو حامد : انه معنى كلام الشافعي ، والمعنى الأول قتاله الأصحاب الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وغيرهما ، وقدموه في الذكر كما فعل المصنف فإن فيه بيان المعنى الذي لأجله كان كذلك ، فيحصل به الثفاء أكثر ، ولكن فيه بحث ، فإن قول المصنف بدل عن الجزء الفائت أى الذي اقتضاه العقد ولم يسلمه البائع .

(وقوله) ولو فات المبيع كله أى تحت يد البائع قبل التسليم ، كذلك قتاله القاضي أبو الطيب صريحا ، وهو ظاهر ، وإذا كان كذلك فقد يقال : ان هذا المعنى يقتضى جواز الرجوع الى الأرض ، وإن لم يمنع الرد ، وطلب الأرض عند إمكان الرد غير سائغ ، بل قد يقال : انه كان ينبغى على هذا المعنى أن يتعين الرجوع الى الأرض ، ولو أراد المشتري الرد أو الرضا بالعيب كما أنه اذا فات بعض المبيع قبل القبض أو كله سقط ما يقابله من الثمن سواء أرضى المشتري أم لا ، وكما أنه اذا أخو ، المراجعة أنه اشترى بمائة ، وكان بتسعين . فإنا نحكم

بسقوط الزيادة وحصلتها من الربح على أظهر القولين ، ولأجل ذلك والله أعلم قال الامام في باب المراجعة عند الكلام في كذب المشتري بالزيادة : ان الأرض المسترجع ، وان كان جزءا من الثمن ، فاسترجاعه انشاء نقص في جزء من الثمن والدليل عليه أن المبيع اذا رد على معيب فموجب العيب الرد ، لا يجوز الرجوع الى الأرض مع القدرة على الرد فكان الأرض بدل عن الرد واذا تعذر ولا ينتظم عندنا الا هذا ، وهذا الكلام من الامام أولا يقتضى أن الأرض جزء من الثمن ، يستدرك بانشاء نقص جديد ، وهذا موافق لكلام الأصحاب : وفيه زيادة بيان أن ذلك بطريق انشاء النقص ، وليس كالمراجعة وآخره قد يوهم أن الأرض ليس في مقابلة الجزء الفائت ، ولكن في مقابلة الرد عند تعذره وتأويله أن الشارع جعل له عند تعذر الرد استرجاع جزء من الثمن عن الجزء الفائت ، حيث فات عليه الرد ، ولذلك أتى بكأن التي هي حرف تشبيهه . فلم يجعله بدلا عن الرد ، ولكن مشبها ، فان سلطة الرد لا تقابل بمعوض .

ويجب تأويل كلام الامام كقوله أولا ان الأرض جزء من الثمن ، ولو كان بدلا عن الرد لم يختص بالثمن وعند هذا لا يكون في كلام الامام جواب عن الاشكال الذي أورده الا بما سأذكره ان شاء الله تعالى .

وقد ذكر الغزالي احتمالين في أن الأرض غرم مبتدأ ، أو جزء من الثمن ، وسيأتى . فان قيل : ان الأرض غرم مبتدأ فلا اشكال في هذا الوجه ، ويصير كأن البائع معيب ملك المشتري . قال الغزالي : ويشهد له أن مشترى الجارية بعبد معيب يعلم عيبه يستحل وطأها ، ولو كان جزءا منها يعرض العود الى بائع الجارية لو اطلع على عيب العبد لأورث توقعه شبهة ، وان قيل ان الأرض جزء من الثمن فالممكن في فهمه ما قاله الغزالي أن يقال : ان المبيع في مقابلة كل الثمن ان رضى ، والا فهو في مقابلة بعضه ، فيخرج ذلك البعض عن المقابلة ، ويتعين لاستحقاقه ، قال : وهو ظاهر كلام الأصحاب .

وكأن المقابلة تغيرت ، ولكن جوز ذلك فيهما استبدال سبب في أصل العقد وان كان لا يجوز ذلك بالتراضي عند الحاق الزيادة بالثمن

بعد اللزوم ، فهذا الذى قاله الغزالى من دقيق الفقه كما قال ،
ولكن ما الموجب لتغيير المقابلة فانه بالرضا يتبين أن العقد لم ينعقد
الا على البعض ، أشكل بمسألة الجارية ، وبما قاله الامام فى المراجعة .
وان كان بطريق الانتقاض كما تنتقض المقابلة فى تفريق الصفقة فى
الدوام — اذا قلنا : يمسك بكل — فذلك قول ضعيف ، فلا يخرج
عليه ما اختاره أكثر الصحاب هنا .

ومقتضى كلام الامام فى مسألة الحل أن ذلك اقتضته الضرورة
كالتوزيع . وليس العقد يقتضيه من الأصل . لكن هذا الذى يقوله
الأصحاب على خلافه . اذ هم يقولون بأن العقد فى أصله اقتضى
التوزيع كما صور ذلك فى قاعدة مد عوجة فكيف يستقيم على رأى
الأصحاب أن الأرض جزء من الثمن . وتلخيص الاشكال أن الثمن
ان كان مقابلا للمبيع وصفات السلامة ، وأنه يتقسط عليها كما يتقسط
على أجزاء المبيع ، فينبغى عند فوات بعضها أن يسقط ما يقابله ،
ولو رضى به معينا ، وهذا خلاف الاجماع . بل كان ينبغى أن لا يصح
العقد لأن تلك الصفات لا تنحصر فيكون ما قوبل بالثمن مجهولا ، وهو
خلاف الاجماع أيضا . وان كان الثمن فى مقابلة المبيع على ظن السلامة ،
والأوصاف ليست داخلة فى المقابلة ولا يقتضى فوات وصف منها سقوط
بعض الثمن على الرد لفوات الظن . فاذا تعذر الرد ودل دليل على
وجوب الأرض كان ذلك غرامة جديدة لا جزء من الثمن . وأحسن
ما يقال فيه ما تقدم عن الغزالى . وقد يقال ان فوات ذلك الوصف
موجب للرد واسترجاع جميع الثمن ، وقد تعذر الرد فيما قبضه
المشتري وهو المبيع المجرد عن ذلك الوصف ، فيجعل ذلك الوصف فى
حكم المقبوض المردود على البائع ويقسط الثمن عليه وعلى الذى تعذر
الرد فيه ، وهو المبيع المجرد عنه استدراكا للظلمة ، وكأنه فسخ
العقد فيه ، وهذا معنى قول الامام انه انشاء نقص جديد ولعله
يأتى فى مسألة الحل زيادة على هذا .

على أن القول بأنه غرم جديد أيضا ليس صافيا عن اشكال ، فانه
لو كان كذلك لوجب أن يرجع بما نقص من قيمته ، ولم يصح أحد بأن
الأرض غرم جديد من كل وجه ، فانه كان يلزم أن لا يتقدر من الثمن

ولا قائل به ، والامام حكى في مسألة الحلى عن صاحب التقريب ما يقرب
من أن الأرض غرم لكن ليس من كل وجه ، وسنذكره هناك ان شاء الله
تعالى .

وقال صاحب الوافي : ان المصنف في باب اختلاف المتبايعين قال :
ان الثمن لا ينقسم على الأعضاء ، وهنا قال : الأرض بدل عن الجزء
الفائت . قال : وليس بينهما تناقض ، لأن الثمن يقابل المبيع ، ولا يتقسط
على أعضائه بمعنى أن اليد كعين والرجل كعين أخرى ، بل يقابل
المبيع وهو ذو أجزاء فيقابلها من حيث كونها جزءا لا من حيث انها
عين أخرى ، ثم اذا صادفها المشتري ناقصة له الرد استدراكا للظلمة ،
فان لم يفسخ عند الامكان فلا شيء له ، لأن المقابل العين وهى باقية
والضرر يزول بالفسخ ، فان سقط رده بخدوئ عيب آخر دعوتنا للضرورة
الى تمييز ما نقص منها من حيث التقويم ليرجع بثمن ما فات من المبيع
اذ لا يندفع الضرر الا بذلك . وهذا ليس فيه الا دعوى الضرورة ،
وذلك لا شفاء فيه في جعل ذلك .

(قلت) : جزءا من الثمن وتقدير علة المصنف والموضع مشكل ،
وليس المصنف مختصا به ، والفارقي جعل وجوب الأرض على وفق
القياس ، وشبهه بما اذا قال : بعثك هذه الصبرة ، وهى عشرة أقفزة ،
فكملت بعد البيع فخرجت تسعة ، فانه يسقط درهم ، كذا اذا قال :
بعثك هذا العبد فخرج مقطوع اليد (قلت) ولو صح هذا التشبيه
لوجب أن يجرى خلاف في صحة البيع كما في مسألة الصبرة .

وقول المصنف : كالجزء الى آخره اذا جنى عليه جناية ليس لها
أرض مقدر ، فان نفيا من ديته فنقول : هذا لو كان عبدا صحيحا
قيمه كذا ، ولو كان عبدا مع هذه الجراحة قيمته كذا فما بين القيمتين
يؤخذ بنسبته من الدية ، والمصنف في ذلك تابع للشيخ أبى حامد .

(فائدة) ادعى ابن الرفعة أن كلام الامام في باب المراجعة يدل
على أن الأرض في مقابلة سلطنة الرد وفي غير ذلك يدل على أنه جزء وأن

ذلك مناقضة ، وليس الأمر كما قال لمن تأمل كلام الامام ، وقد أشرت الى ذلك وذكرت تأويله .

(فرع) مقتضى كلام المصنف وغيره أنه اذا لم تنقص القيمة لا رجوع بالأرث ، فإذا اشترى عبدا ووجده خصيا بعد أن وجد ما يمنع الرد فلا رجوع بالأرث أصلا ، وبه صرح الامام والغزالي في البسيط والرافعي ، قال ابن الرفعة : الا أن يكون الاطلاع قبل الاندمال والجراح متألة ، فان قيمته قد تنقص ، فان لم تنقص أيضا انسد طريق الأرث .

(فرع) مع قولنا بأن الأرث جزء من الثمن فالمشهور القطع بأنه لا يبطل العقد بأخذه ، وفي شرح الفروع للقاضي أبي الطيب في كتاب السلم اذا اشترى حنطة معينة بعبد معين ، وشلم الحنطة وسلم العبد وأعتقه ، ثم وجد بالعبد عيبا قدر الأرث ، ورجع بقدره من الحنطة ، وانتقض البيع فيه ، وهل ينتقض في الباقي ؟ اختلف أصحابنا فمنهم من قال على القولين في تفريق الصفقة اذا كان العقد لم ينعقد في البعض ، هكذا عبارته ، والأولى أن يخرج ذلك مع بعده على تفريق الصفقة في الدوام ، فانه انتقاص طارىء لا بطريق التبيين . وقد تقدم البحث في ذلك ، وسيأتى له تنتمه ، وانما أوجب هذا الاشكال الذي قدمت التنبيه عليه ، فانظر كيف آل التفريع الى أن جعل أخذ الأرث مبطلا للعقد ، بل بمجرد الاطلاع على العيب .

(فرع) لو كان العيب في عين قبضت عن دين ، هل يكون الأرث عنها كما قلناه هنا ؟ أو يعتبر بما يقابله بدل العين ؟ فيه وجهان مذكوران في الكتابة عند خروج النجم معينا بعد تلفه ، هل يتعين للأرث في رتبة المكاتب ، أو ما ينتقص من النجوم المقبوضة بسبب العيب ؟ وهما في كل عقد ورد على موصوف في الذمة .

قال الامام : وأمثلة من الوجهين أن يقال يغرم السيد ما قبض ، ويطالب بالمسمى بالصفات المشروطة (قلت) فتلخص ثلاثة أوجه في كل مقبوض عما في الذمة خرج معينا ، وتعذر رده (أحدها) يرجع على

الدافع بأرشفه بنسبته من العوض كما في المعاوضات (والثاني) ما نقص من قيمته كالمغصوب والمستام (والثالث) يقدم القابض ما قبض ويطلب بالتسليم .

(فرع) في فتاوى القاضي حسين : اشترى في صحته بمائة ما يساوي مائة ، فوجد في مرض موته به عيبا ينقص عشر قيمته ورضى ، اعتبر من الثلث قال : ويحتمل أن لا تعتبر من الثلث لأنه امتناع عن التكبس . قال جامع الفتاوى (قلت) وهو الأولى عندى فإن اشترى ما يساوي خمسين بمائة فوجد في مرض موته عيبا ينقص العشر ورضى ، اعتبر من الثلث خمس وخمسون ، لأنه لو رده لربح خمسا وخمسين ، قال جامع الفتاوى : وهذا أيضا كالأولى ، والأولى أن لا يعتبر من الثلث ، فإن اشترى ما يساوي مائة بخمسين ، والحال كذلك ورضى ، فهل نعتبر الخمسة من الثلث ؟ الظاهر لا ، لأنه استبعاد به أربعين (والثاني) يعتبر تلك الخمسة لأنه لو تلف في يده أو بعد رده كان يأخذها .

(فرع) لو وجد بعينه بياضا وحدث عنده بياض آخر ثم زال أحد البياضين واختلفا ، فقال البائع : زال القديم ، وقال المشتري : زال الحادث حلفا وأخذ المشتري أرش أحد البياضين ، فإن اختلف البياضان أخذ أرش أقلهما ، لأنه المتيقن والبائع يستفيد بيمينه درء الفسخ ، والمشتري يستفيد بيمينه أخذ الأرض نص عليه الشافعي والأصحاب ، وقال الروياني : ليس للمشتري الرد لأنه اعترف بزوال حقه بحدوث العيب ، ويدعى عود الحق فلا يقبل في العود إلا بحجة وله الأرض لأنه كان ثابتا والبائع يدعى زواله .

(فرع) إذا ثبت الأرض فإن كان الثمن بعد في ذمة المشتري برىء من قدر الأرض ، وهل يبرأ بمجرد الاطلاع على العيب أم يتوقف على الطلب ؟ وجهان (أحدهما) الثاني ليبقى له طريق الرضا بالعيب بعد الفوات ، كما لو كان له عند البقاء وميل القاضي حسين الى الأول بخلاف ما لو قدر على الرد ، فإن الفسخ لا يحصل دون طلب وقد

اقتصروا هنا على حكاية هذين الوجهين ، وكان ذلك تفريع على أن الأرض جزء من الثمن .

(أما) إذا قلنا : غرم جديد فلا تحصل البراءة أيضا بالطلب ، بل للبائع أن يعطيه من (١) فإن اتفق الدينان جرى التقاضي ، ولو كان قد وفاه الثمن وهو باق في يد البائع ، فهل يتعين لحق المشتري أو يجوز ابداله لأنها غرامة لحقه ؟ وجهان (أحدهما) الأول ، هكذا قال الغزالي والرافعي ، وتعليقه يقتضى أن الوجه الثانى مفرع على أن الأرض غرم مبتدأ ، أما إذا قلنا هو جزء من الثمن فيتعين جزء منه لحق المشتري ، وينتقل الى المشتري بمجرد الطلب أو الاطلاع ، فلا يسوغ للبائع ابداله ، لكنها فيما إذا كان في الذمة — ثم يلاحظ القول بأنه غرم جديد كما تقدم — فيجب طرد هذا الوجه هناك ، كما تقدم أن يقال هنا (ان قلنا) ان الغرم جديد لم يتعين (وان قلنا) جزء من الثمن لوجهان ينبغيان على أن المقبوض عما في الذمة هل يعطى حكم المعين في العقد ؟ وفيه وجهان ذكرهما الرافعي بعد هذا بمسألة ، ولم يصحح منهما شيئاً .

وان قلنا : يعطى حكم المعين في العقد لم يجز ابداله والا جاز ابداله ، وذكر الرافعي رحمه الله مسألة ما إذا كان الثمن في الذمة وفاه ، وهو باق بحالة ، ورد المبيع عليه ، هل يتعين لأخذ المشتري ؟ فيه وجهان بعد هذا بمسألة ، وهى غير المسألة الأولى ، لأن تلك في الأرض وهذه في الرد ، والمأخذ غير المأخذ ، لكن تصحيحه التعين في الأولى فرع عن تصحيح التعين في الثانية ، كما نبهت عليه ، وسأذكر المسألة ان شاء الله تعالى عند رد البيع ، والثمن تالف ، فأنى هنا انما ذكرت ما يتعلق بالأرض ، وان كان الثمن معيناً وهو باق في يد المشتري ففيه وجهان في النهاية الأصح تعيينه ، ويجب بناؤهما على ما تقدم (ان قلنا) الأرض غرم لم يتعين ، وان قلنا : جزء من الثمن تعيين أخذ الأرض منه تالفاً ، فهو كما إذا رد المبيع والثمن تالفاً .

(١) كذا باقتضاب من غير معمولها ، ولعل المعمول من « غير طلب » .
(المطيبي)

ويستأى أنه يقوم مقام مثله ان كان مثليا ، وقيمته ان كان متقوما
ان شاء الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اختلفت قيمة المبيع من حال العقد الى حال القبض ،
توم بأقل القيمتين لأنه ان كانت قيمته وقت العقد أكثر ثم نقص
كان ما نقص في يده مضمونا عليه ، وما كان نقصانه في ضمانه فلا يجوز أن
يقوم على البائع ، وان كانت قيمته وقت العقد أقل ثم زادت
في يده فأنها زيادة حدثت في ملك المشتري لا حق للبائع فيها ، فلا
يجوز ادخالها في التقويم) .

(الشرح) تقدم أن القيمة تعتبر معنى لايجاب الأرض ، والاعتبار
بأنه قيمة فيه طريقان (أصحهما) وهي التي جزم بها المصنف وشيخه
أبو الطيب والماوردي والرويانى وغيرهم القطع بأن الاعتبار بأقل
القيمتين ، من قيمة يوم العقد ويوم القبض ، فإنه ان كان عند العقد
أكثر فالنقصان من ضمان البائع ، وان كانت عند القبض أكثر فالزيادة
حدثت في ملك المشتري .

(والطريقة الثانية) أن في المسألة ثلاثة أقوال (أصحها) هذا
(والثاني) ونقل عن نصه في موضع أن الاعتبار بقيمته يوم القبض ،
وهو الذى صححه الغزالي في باب التخالف ، وفرق بينه وبين التخالف ،
ونقل عن الفوراني أن هذا القول من رواية عبد العزيز بن مقلص ،
ووجهه أن الثمن يومئذ قابل للمبيع .

(والثالث) نقله الراغبي عن رواية ابن مقلص أن الاعتبار بقيمة
يوم القبض وقد رأيت منصوصا في باب العصب من اختلاف العراقيين
معللا بأنه يوم اذ تم البيع ، فأصحاب هذه الطريقة أثبتوا هذين
القولين مع الأول الصحيح ، ومن اقتصر على إيراد هذه الطريقة الامام
والغزالي الى أن قال الراغبي : والأكثر قطعوا بالأول ، وحملوا كل
نص على ما اذا كانت القيمة المذكورة أقل .

واعلم أن هذه المسألة معروفة بالاشكال لاسيما على عبارة المصنف
تطيله وأنا ان شاء الله تعالى أذكر ما قيل في ذلك من حيث المذهب ،
وبيان الصحيح منه ، وأذكر ما اعترض به على المصنف وما قيل في
جوابه .

اعلم أن طائفة من الأصحاب أهملوا التعرض لوقت اعتبار القيمة ،
وبعضهم زعم أن ذلك لا فائدة فيه وأن الأرض لا يختلف بذلك ، ذكر
ذلك ابن أبي عصرون وسبقه اليه الشاشي في الحلية ، والأكثرين اعتبروا
ذلك وتكلموا فيه ، ونص الشافعي يدل لهم . ثم اختلفوا هل يعتبر
يوم العقد أو يوم القبض ، أو أقل الأمرين وهو الصحيح ، ثم اختلفت
عباراتهم عن هذا القول الثالث فالأكثرين يقولون كما قال المصنف
انه يقوم بأقل القيمتين من يوم العقد ويوم القبض . وعلى ذلك
جاءت عبارة الراغبى في الشرح ، والمحرر والنووى في الروضة وعبارة
ثانية قالها الامام في النهاية أن المعتبر ما هو أضر بالبايع في الحالين ،
ويعبر عنه بأن المعتبر كثرة النقصانين . وعبارة ثالثة قالها النووى في
المنهاج أنه يعتبر أقل قيمة من يوم العقد الى القبض .

(فأما) عبارة النووى في المنهاج ، فأؤخر الكلام عنها حتى أفرغ
من عبارة الأولين .

وأما عبارة الامام فادعى ابن الرغفة أنها راجعة لعبارة الأكثرين ،
لأن اعتبار أقل القيمتين يقتضى أن يكون الواجب مع الأرض الأكثر في
الحالين ، فان المعنى بأقل القيمتين ، قيمة المبيع مع العيب في حالة
العقد وحالة القبض ، كما اذا كانت قيمته سليما عشرة في الحالين ،
ومعينا يوم العقد ثمانية ، ، ويوم القبض تسعة ، فاعتبار أقل القيمتين
يوجب الخمس من الثمن ، وهو أكثر من العشر ، وهذا الذى قاله فيه نظر ،
وأول ما أقدم أن لنا قيمة منسوبة اليها ، وهى قيمة السليم ، وقيمة منسوبة
وهى قيمة العيب ، ونسبة بينهما بها يعرف قدر العيب من السليم ،
فعبارة تكون تلك النسبة بين القيمتين يوم العقد ، كهي بينهما بعد
ذلك ، وان كان حال المبيع مختلفا في اليومين ، فهنا لا أثر للاختلاف
مع اتحاد النسبة .

مثاله : قيمة السليم يوم العقد مائة ، ويوم القبض ألف أو عشرة ، وقيمة المعيب يوم العقد تسعون ، ويوم القبض تسعمائة أو تسعة ، فالنسبة في اليومين العشر ، ولا أثر للاختلاف بالزيادة ولا بالنقصان ، ولا فرق بين اعتبار أقل القيمتين واعتبار أكثرها ، والساقط من الثمن على التقديرين العشر وأن اختلفت النسبة ، فقد يكون ذلك لاختلاف قيمته المبيع مع بقاء قيمة السليم على حالها ، وقد تكون بالعكس ، وقد يكون ، باختلافهما معا .

(مثال الأول) قيمته في اليومين سليما عشرة ، ومعيبا يوم العقد تسعة ، ويوم القبض ثمانية . فالاختلاف ههنا في المنسوب ، فإن نسبنا قيمة يوم العقد كان الأرض التسع ، وإن نسبنا أقل القيمتين كان الخمس وهو انفع للمشتري . وكلام الامام تصريح ، واطلاق كلام المصنف وغيره يقتضي أنا نسلك هذه الطريقة التي هي انفع للمشتري ، باعتبار أقل القيمتين هنا أوجب زيادة الأرض ، وإيجاب أكثر النقصانين من الثمن لكني سأبين أن شاء الله تعالى في آخر الكلام أن المصنف والأصحاب لم يريدوا هذا القسم ، ولا حاجة لهم إليه هنا ، لأنهم بينوا في موضع آخر أن العيب الحادث قبل القبض من ضمان البائع ، والنقصان مع بقاء قيمة السليم لا بد أن يكون بعيب ، والزيادة لا بد أن تكون بنقصان العيب ، ونقصانه يمنع من ضمان ما نقص منه كرواله .

(ومثال الثاني) قيمته معيبا يوم العقد ويوم القبض ثمانية وسليما يوم العقد عشرة ويوم القبض تسعة أو بالعكس فالاختلاف ههنا في القيمة المنسوب إليها فإن نسبنا إلى أقل القيمتين كان الأرض التسع ، وإن نسبنا إلى أكثرها كان الأرض الخمس باعتبار الأقل هنا فيه نفع للبائع لا للمشتري ، فليس فيه إيجاب أكثر النقصانين بل أقلهما ، وهو التسع من الثمن وهذا القسم يظهر أنه مراد المصنف والأصحاب على ما سأوضحه إن شاء الله تعالى .

(ومثال الثالث) قيمته يوم العقد سليما عشرة ومعيبا تسعة ، ويوم القبض سليما تسعة ومعيبا ثمانية . فاعتبار الأقل يوجب أن الأرض التسع ، وهو أنفع للمشتري من العشر . وأكثر نقصانا من الثمن

أو تكون قيمته يوم العقد سليما عشرة ومعيبا تسعة ، ويوم القبض سليما اثني عشر ومعيبا عشرة ، فاعتبار الأقل يقتضى أن الأرض النقص ، واعتبار الأكثر يقتضى أنه السدس ، وهو أنفع للمشتري وأكثر نقصانا من الثمن . أو تكون قيمته يوم العقد سليما عشرة ومعيبا خمسة ، ويوم القبض سليما ستة ومعيبا أربعة فاعتبار أقل القيمتين يقتضى أن الأرض التلت ، واعتبار أكثرهما يقتضى أن الأرض النصف ، وهو أنفع للمشتري وأكثر نقصانا من الثمن .

وإذا تأملت الذى ذكرته فى القسمين الأولين لم يخف عليك اختلاف الأمثلة وأحكامها فى هذا القسم ان شاء الله تعالى .

إذا عرفت ذلك فاقول : ان الامام عبر عن الوجه الثالث الصحيح ان المراعى ما هو الأضر بالبائع فى الحالىن ، والعبارة عنه بأن المعتبر أكثر النقصانين ، ومثله بأن يكون العيب القديم يوم العقد منقصا ثلث القيمة ، ويوم القبض منقصا ربعها وهذا الكلام من الامام رحمه الله انما يستمر مع عبارة المصنف والأصحاب اذا كان فرض المسألة فيما اذا كان الخلاف من جهة العيب ، وأن المراد بأقل القيمتين أهل قيمتى المعيب المنسوبة لا أقل قيمتى السليم المنسوب اليها ، وذلك فى القسم الاول يستقيم فيه أن المعتبر أقل القيمتين ، والواجب أكثر الأمرين ، ويبقى القسم الثانى والثالث مسكوتا عنهما ، هل يراعى فيهما الأضر بالبائع كما قاله فيقوم بالأكثر أم لا ؟ بل يقوم بالأقل دائما كما أطلقه الأصحاب ؟ فان ثبت أن نفع المشتري مراعى مطلقا فعبارة الامام فى قوله : أكثر النقصانين أحسن من قول الباقيين أقل القيمتين لأن النقصان نسبة ، والمراد أكثر الأمرين نقصانا من السليم ، وأقل القيمتين راجع الى القيمة فى نفسها لا الى ما تنقصه من السليم ، وأيضا فى القسم الثانى يصح كلام الامام ، ونوجب أكثر النقصانين وليس هو باعتبار أقل القيمتين .

فعبارة الامام مطردة فى الأقسام الثلاثة ، هذا ان كان الحكم مساعدا له على ذلك فى جميع الأقسام . وأكثر الأصحاب لم يذكروا الا أقل القيمتين ، ولم يبينوا ما عدا ذلك ، وكأنهم رضوا بأن القيمة عن السليم سواء ، واختلفت قيمة المعيب بحسب زيادة وصف فى ذات

المبيع أو نقصان فيه ، فينسب النقص لأنه من ضمان البائع ، ولا تنسب الزيادة لأنها حادثة في ملك المشتري ، والأمر المنسوب إليه وهو قيمة السليم لم يتكلموا في حال اختلافها ويحتمل أن يكون المعتبر الأقل مطلقا فإذا اختلفا معا اعتبرنا أقل قيمتي المبيع ونسبناها إلى أقل قيمتي السليم . وحينئذ يصح إطلاق كلام المصنف والأصحاب ، ولا يصح إطلاق عبارة الامام لما تقدم من المثالين الآخرين في القسم الثالث ، وكذلك في القسم الثاني أيضا ، فالموافق لإطلاق الأصحاب ذلك ، ولا يبقى المراعى ضرر البائع مطلقا ، ولا ضرر المشتري مطلقا ، ولم أر في ذلك نقلا صريحا .

الا أن في تعليقه الشيخ أبي حامد قال : فأما وقت تقويمه سليما فهو أنقص الحاليين قيمة من حالة العقد أو حالة القبض تقومه في تلك الحالة ثم يقوم به العيب . وهذا يدل على أن المراد أقل قيمتي السليم المنسوب إليها ، لا أقل قيمتي المبيع . وفي هذه الصورة وهي الثانية الذي ذكرته في ذلك المثال يكون التقويم بأقل القيمتين أنفع للبائع ، وكذلك كلام الماوردي يفهم منه ما يوافق الشيخ أبا حامد ، فإنه قال في مسألة الجارية تقوم في أقل الحالتين ، فإذا قيل قيمتها في تلك الحال بكرا لا عيب بها مائة قومت بكرا وبها ذلك العيب فإذا قيل : تسعون كان ما بين القيمتين العشر ، فيرجع بعشر الثمن . فهذا وجه من الاشكال في هذه المسألة قد انحط بحمد الله تعالى . وتبين بحمد الله أن المراد أقل قيمتي السليم ، وليس المراد قيمتي المبيع كما ظنه ابن الرقعة وغيره ، ولا يجب أن يكون المراعى هو الأخير بالبائع مطلقا كما قاله الامام ، وهذا الذي لحظه أبو حامد هو الصحيح فإن المنسوب إليه هو القيمة ، والمنسوب هو العيب الموجود قيل العقد وبعده إلى القبض ما لم يطلع البائع عليه ، فلا وجه لاعتبار اختلافه ، وإنما المنسوب إليه هو المعتبر . وهو قد يقل وقد يكثر . وهذا الذي قاله الشيخ أبو حامد يعين معنى قول المصنف ، فلا يجوز أن يقوم على البائع وأنه صحيح . وسيأتى الكلام عليه إن شاء الله تعالى . وأما ما يختص بالصفة فنذكره في ضمن فائدة .

(فائدة) قال الفارقي في كلامه على المذهب : هذه المسألة يعنى

مسألة الكتاب التي ذكرها المصنف فاسدة الوضع والأصل ، وفاسدة التعليل ، وليس لنا في الكتاب مسألة أظهر فسادا منها . أما فساد وضعها فإنه يعتبر بأقل القيمتين على ما ذكر ، وإنما يكون هذا الاعتبار صحيحا ومفيدا إذا كان الأرض اسقاط جزء من قيمة المبيع ، وليس الأمر كذلك ، وإنما نحن نسقط من الثمن جزءا بقدر نسبة فوائد ما ينقص من قيمته بالعيب ، مثلا : إذا اشترى عبدا بمائة فوجده مقطوع اليد خانا نقومه صحيحا بمائة ومقطوعا بتسعين ، ونعلم أنه يسقط عشر الأصل فيسقط في مقابلة عشر الثمن ولا فرق بين أن تكون قيمته مائة أو ألفا أو عشرة فإن أثر العيب في التنقيص واحد ، فإنه إذا كان أثر العيب في تنقيص عشرة من مائة نقص من الألف مائة ومن العشرة دينار ، فنسبة كل واحد من هذه إلى أصله بالعشر فيسقط في مقابلة عشر الثمن ، وعشر الثمن ، لا يتفاوت على جميع الأحوال وإنما يتفاوت عشر القيمة ، ونحن إنما نوجب عشر الثمن ولا ميالة باختلاف عشر القيمة وأكثرها .

بيان فساد التعليل أن حصر اعتبار القيمة من حال العقد إلى حال القبض ، فمغرنا أن النقصان في يد البائع ، وليس يريد نقصان القيمة باختلاف الرغبات وكثرة المبتاع وقلته ، وإنما يريد فوائد المبتاع ، كهزال الدابة وتغير الثوب أو حدوث آفة به ، فقله : كان ما نقص مضمونا عليه يعني أن العين المباعة مضمونة على البائع (وقوله) وكان نقصانها من ضمانه ، يعني الجزء الفائت من الثمن ، أو فوائد جزء يكون من ضمان البائع ، كما أن جملة المبيع من ضمانه .

(وقوله) فلا يجوز أن يقوم على البائع كلام يتناقض في نفسه ، لأنه إذا كان الناقص ونقصانه مضمونا عليه ، وجب أن يكون مقوما أما أن لا يقوم عليه لأنه مضمون عليه ، فهذا كلام يتناقض لا فائدة فيه قال : وإن كانت قيمته يوم العقد أقل إلى آخره ، وهذا أيضا ظاهر الفساد والتناقض ، لأنه إذا كانت هذه الزيادة حق المشتري لا حق للبائع فيها فيجب تقويمها عليه حتى نوجب عليه قدر ما نقص من فوائدها مضموما إلى قدر الأرض ، فثبت بذلك بيان فساد التعليل والوضع جميعا ، هذا كلام الفارقي رحمه الله .

وزاد ابن معن في حكاية عنه أن معرفة فساد التعليل يحتاج الى معرفة أمرين (الأول) أن الضمير في قوله : لأنه ان كانت قيمته أكثر ثم نقص كان ما نقص مضمونا عليه ، فكان نقصانها من ضمانه ، فلا يجوز أن يقوم على البائع ، أما أن يكون عائدا الى البائع أو المشتري ، لا جائز أن يعود الى المشتري ، لأنه حصر اعتبار القيمة من يوم العقد الى يوم القبض ، ولا يتصور أن يكون في يد المشتري الا بعد القبض ، ولو نزلنا جدلا أن الضمير يعود الى المشتري بطل قوله : من حين العقد الى حين القبض ، فتعين أن يكون المراد بقوله مضمونا عليه فكان النقصان من ضمان البائع لا غير ، هذا الأمر الأول .

(الأمر الثاني) أن المراد بالنقصان تغير أحوال المبيع كحدوث آفة في الثوب أو الدابة لا غيره ، لاختلاف القيمة باعتبار نقصان الرغبات وكثرتها وانخفاض الأسواق وارتفاعها ، وحينئذ قوله : فكان نقصانها من ضمانه فلا يجوز أن تقوم على البائع ، ظاهر التناقض لأنه نقصان جزء كما بيناه من الأمر الثاني ، وكما أن جملة المبيع من ضمان البائع كذلك جزؤه ، ولا يمكن أن يعود الضمير الى المشتري لما بيناه في الأمر الأول ، هذا كلام ابن معن حاكيا عن الفارقي .

ولأجل كلام الفارقي هذا قال ابن أبي عصرون : انه لا فائدة في اعتبار أقل القيمتين ، قال في الانتصار : ونص الشيخ أبو اسحاق في المذهب على أنه يقوم بأقل القيمتين ، وكذلك في الحاوي وذكره القاضي أبو الطيب في بعض كتبه ، ثم خط عليه وقد أوضحت وجه فسادة وبفساده قول الشاشي الأخير ، ثم اختار أن تعتبر قيمته حال العقد لأنه موجب للضمان والقبض مقدر له كما في الحكومة في الجناية قال ابن أبي عصرون : وهذا — يعني كلام الشاشي — رجوع عما اعترف بصحته وردة على غيره ، ثم لا وجه لما اختاره .

(وقوله) ان العقد هو الموجب للضمان مسلم لكن بماذا ؟ بالثمن أو بالقيمة فلا فائدة في النظر الى قدرها وانما جعلت معيار المعرفة المستحق للرجوع به من الثمن فلا تختص بقيمته حالة العقد .

وأما الجناية على الجزء فأنما اعتبرت حالة الجناية لأنها حالة كمال المجنى عليه واعتبرت بعد الجناية لأنها حالة النقصان ، ليعلم ما نقص من قيمته ولو كان عبدا ثم قال الشاشي معترضا : لو كانت قيمته حال العقد تسعين ، والعيب ينقصه خمسة والخمسة من المائة نصف عشر ، ومن التسعين أكثر لم تستمر النسبة في الرجوع به ، ثم أجاب فقال : هذا التصوير تحكم ، لأن العيب الواحد ينقص من الكثير القيمة بالنسبة إلى ما ينقصه من قليل القيمة لاسيما والعين على صفة واحدة ، وأنما التفاوت من جهة السوق •

قال ابن أبي الدم : وأنا أقول في القلب من هذه المسألة ، وبما قاله هذان الشيخان يعني الفارقي وابن أبي عمرون حسيكة عظيمة ، وأنا أفرغ الجهد فيما ذكر عندي فيها نقلا وبحثا إن شاء الله تعالى • ثم ذكر ابن أبي الدم بعد ذلك كلام الماوردي والامام والغزالي وحكايتهما مع المراززة الأقوال الثلاثة ، قال : فاختار الشيخ أبو اسحاق قولاً منها ، وترجيحه لها لا يكون فاسدا ولا غلطا كما ذكره الفارقي ، بل ما ذكره الفارقي من الايراد والاشكال غلط ، فان التقويم ما كان لايجاب عين القيمة ، بل لمعرفة نسبة ما يرجع به من الثمن ، فالقيمة معيار وإذا كان كذلك فقد ظهر صحتها وأعادتها •

(وقوله) ان أثر العيب في التنقيص واحد خطأ ، لأنه اذا كان الثمن مائة فوجده مقطوع اليد يقوم سليما ، فكانت قيمته يوم العقد ويوم القبض تسعين فان اعتبرنا يوم العقد علم أنه نقص منه خمس قيمته فيرجع بخمسين الثمن ، وان اعتبرنا قيمة يوم القبض علم أنه نقص عشر قيمته فيرجع بعشرين الثمن ، فحصل التفاوت الظاهر ، وهذا واضح لا اشكال فيه وأنما فهم الفارقي أنه جعل قيمته معينا تسعين وقيمه بالعوض مائة ، قال : فنعلم أن الناقص عشر القيمة ، فيرجع بعشر الثمن ، وتوهم أن ذلك لازم لا يتغيره ، ولا شك أنه يمكن أن تكون قيمته معينا يوم العقد أكثره ، ويمكن أن تكون قيمته معينا يوم القبض أقل ، وإذا فرض تفاوت القيمة بالنسبة الى الزمانين وجب اعتبار أحدهما لاختلافها ، وقول الفارقي في فساد التعليل فحيما ذكر من كلام الشيخ غنية عنه •

وعلى الجملة فهذا القول الذى صار اليه الشيخ أبو اسحاق ليس قولاً له اخترعه وانما هو قول مقول عن أئمة المذهب ، فلا يليق بالمناظر اظهار شناعة على من اختاره ، وذكره فى تصنيفه فانه فاسد ليس فى كتابه شيء أظهر فساداً منه ، وانما اللائق به ان كان تكلم على دليله وأورد عليه بما يتوجه عليه من اشكال أو مباحثة أما الحكم عليه بانه فاسد شيء فى كتابه فخطأ محض منه وسوء أدب ، ومن اختار ما اختاره الشيخ أبو اسحاق : القاضى أبو الطيب واليعقوب .

(قلت) وما قاله ابن أبى الدم من وجوب حفظ الأدب صحيح ، وما قاله المصنف هو بلفظه وحروفه فى تعليق القاضى أبى الطيب فلا اختصاص للمصنف به ، وقد علمت أن الشافعى رحمه الله نص فى اختلاف العراقيين على اعتبار يوم القبض ، قال : وقيمتها يوم قبضها المشتري من البائع ، فلو لم يكن لاختلاف القيمة أثر لما قيد الشافعى بيوم القبض ، فيجب النظر فى اختلاف القيمة وبيان كونه مؤثراً فى اختلاف الارش ، وما غرضه ابن أبى الدم لعله من اختلاف قيمة المعيب مع تساوى قيمة السليم يوم العقد ويوم القبض والعيب واحد ، كما مثل به من قطع اليد بعبد ، لأنه متى كانت قيمة السليم يوم القبض سواء والعيب واحد والمبيع واحد ، فكيف تختلف قيمة العيب ؟ لكن قد قدمت أمثلة تغنى عن ذلك من جملتها أن تتحد قيمة السليم ، وتختلف قيمة المعيب لزيادة العين أو نقصانها ، واستبعاد الشائى له .

وقوله : ان العيب ينقص من كثير القيمة بالنسبة الى ما ينقص من قليلها ، فالكلام عليه من وجهين (أحدهما) أن الشائى قصر الكلام على اختلاف قيمة السليم المنسوب اليها واتحاد العيب المنسوب وذلك هو القسم الثانى الذى قدمته وقلت : ان كلام المصنف والأصحاب لم يشمل ، أو أن الأولى فيه عبارة الامام .

أما اذا غرضنا الكلام فى القسم الأول ، وهو أن قيمة السليم سواء ونقصت القيمة بحدوث عيب قبل القبض ، أو زادت بحدوث صفة ، فان النسبة تختلف قطعاً ، وهذا هو المراد بما قرره الفارقى فى كلامه ، فغير ذلك التقرير جوابه عن الأصحاب ، وان كان فى صورة الاعتراض ،

وذلك هو جواب عن المصنف الا في قوله : فلا يجوز أن يقوم على البائع ، فإنه مشكل ، وسنزيد الكلام عليه •

(الوجه الثانى) من الكلام على الشائى أن الأصحاب وإن سكتوا عن قيمة السليم المنسوب اليها فلا بد من اعتبارها ، فإن قيمة الميعب زادت أو نقصت منسوبة اليها ، فالضرورة تحتاج أن يكون ذلك الشئ المنسوب اليه معلوما ، فإن اتحد فذلك ، وإن اختلف فهذا مما قدمت أن الأصحاب سكتوا عنه الا الشيخ أبى حامد ، وبخى فيه هناك ، فإذا ثبت اعتبارها وأنها قد تختلف ، فاختلفاها مع تعارض السلامة من غير زيادة إنما يكون بحيث الأسعار^(١) والرغبات ، وعند ذلك قد ينقص الميعب من قليل القيمة نسبة لا ينقصها من كثيرها ، وذلك إذا غلا السعر وضاق ذلك الصنف فإن الرغبة تشتد فيه ، ويغترفون ما به من عيب ، ولا يصير الناس يبالون بعيبه ، كما يبالون به في حال الرفاهية •

وبعكس ذلك إذا رخصت الأسعار واتسع الصنف وبخست قيمته ، بحيث يصل الى السليم منه كل أحد صدت أكثر الناس عن الميعب لقدرتهم على ما هو خير منه ، وانحطت قيمته عن قيمة السليم بنسبة أكثر مما كانت قبل ذلك ، هذا هو العرف بين الناس ، وإن كان ذلك غير منقول ، ثم إن المسائل التى تفرض فى الفقه ، والفروض المقدرة لا يلزم أن تكون واقعة غالبا ، بل ولا نادرا ، بل المقصود أنها إن وجدت كان هذا حكمها •

فإن قال قائل : هذا إنما جاء فى اختلاف الأسواق ، وفرض المسألة فيما إذا كان الاختلاف من جهة حدوث وصف فى المبيع •

(فالجواب) أن الاختلاف فى قيمة الميعب سببه حدوث الوصف بزيادة أو نقصان (وأما) الاختلاف فى قيمة السليم المنسوب اليها فليس له سبب الا اختلاف السوق ، ولا بد من اعتبارها •

(١) وهو ما يطلق عليه الاقتصاديون المعاصرون : « العرض والطلب » .
(المطيعى)

وأما قول المصنف : ولا يجوز أن يقوم على البائع هفى غاية الاشكال وايراد الفارقى عليه قوى ، وهو كذلك فى تعليقة القاضى أبى الطيب وليس بمناسب فيما يظهر ، لأننا اذا أدخلنا الذى نقص فى التقويم قبل الأرش وتضرر المشتري وانتفع البائع ، فلو قال المشتري لناسبه (١) من هذا الوجه وكان يفسد من وجه آخر لعدم مناسبه لبقية تعليقه بأنه مضمون على البائع لكن الجواب عن هذا أن هذا الاشكال انما هو بناء على أن الكلام فى العيوب المنسوبة ، وقد تبين فيما تقدم عن كلام الشيخ أبى حامد أن المراد قيمة السليم المنسوب اليها ، وعلى ذلك يصح أن يقال : فلا يجوز أن يقوم على البائع ، لأننا اذا نسبنا اليه وأدخلناها فى التقويم كثر الأرش عليه ، وإن تعلقوا بكلام الامام تعلقنا بكلام الشيخ أبى حامد وهو أصح لما تقدم .

(فان قلت) ذلك لا يلائم قوله : كان ما نقص فى يده مضمونا عليه ، وكان نقصانها من ضمانه (قلت) سيأتى تأويله عن صاحب البيان وقول الفارقى : انا فوجب على البائع قدر ما نقص بفواتها مضموما الى الأرش انما يصح تخيله على بطلانه ، لو زال بعد حدوثه قبل القبض ، وقد رأيت صاحب الوافى نقل هذا الجواب الذى قلته عن شيخه ، ثم اعترض بأن المسألة تفرض فيما اذا زادت بين العقد والقبض ثم ذهبت الزيادة .

قال : فالجواب صحيح أن تلك المسألة لم تدخل فى ضمان البائع . وما ذكره من فرض المسألة قد يمنع منه الحكم اذا فرضها كذلك ، وقد اعتذر صاحب البيان عن المصنف فى التعليق فقال : هذا مشكل ، لكن أراد أن النقصان مضمون على البائع ، وقد سقط ضمانه برضا المشتري بقبض المبيع ناقصا ، فلو فرضناه وقت العقد أدى الى ايجاب ضمان النقصان على البائع ، وقد سقط عنه ، الا أن الشيخ عنى البائع فى أول كلامه ثم ذكره ظاهرا .

(قلت) : معناه أن المشتري قبضه ناقص القيمة باعتبار السلامة ،

فذلك القدر الزائد منها قد رضى باسقاطه فلا ينسب العيب الا الى
الثانى ، وهو الأقل ، وفى ذلك نفع للبائع ، وهذا اعتذار عجيب فان فيه
محافظة على تصحيح قول المصنف فلا يجوز أن يقوم على البائع ،
اكن ذلك قد يقتضى عكس الحكم ، فان قيمة السليم اذا كانت مائة يوم
العقد ويوم القبض ، وكانت قيمة المعيب يوم العقد تسعين ويوم
القبض ثمانين ، فعلى ما قاله صاحب البيان : ينبغى بأن يقوم بأكثر
قيمته المعيب تسعون ، لأن العيب الزائد المنقص للعشرة الثانية لم
يحسب على البائع ، فيكون الأرض العشر .

(والظاهر) من كلامهم أن الأرض فى هذه الصور الخمس ، لأن
الثمانين أقل القيمتين ثم أن ذلك يقتضى الفرق بين أن يعلم بذلك
أو يجهل ، فانه قد يحصل عيب قبل القبض منقص للقيمة ويقبضه
المشتري من غير علم بذلك العيب ، ثم يحدث ما يمنع من الرد فله الأرض
عن العيين جميعا ، الذى كان قبل العقد والذى حدث قبل القبض .

وقال صاحب الوافى : معنى قوله كان مضمونا عليه ، أى يذهب من
ضمان البائع وهو ناقص عليه فى حكم ما لم يبيعه من أمواله اذا لم
يبيعه ليس مضمونا عليه للمشتري ، وأذا كان كذلك لم يجز أن يقوم
عليه للمشتري .

ورأيت فى تعلية أبى اسحاق العراقى على المذهب : ولا يجوز أن
يقوم على المشتري ، وهذا اما أن يكون غلطا فى النسخة ، واما أن
يكون أحد ظن أن البائع غلط فأصلحه على ظنه ، وكل النسخ فيها
البائع ، والفارقى أعرف بما فى المذهب وقد ظهر الجواب عن ذلك بحمد الله
تعالى واندفاع الاشكال عنه ، وكذلك رأيت فى الاستقصاء كان ما نقص
من القيمة غير مضمون عليه ، أى لأنه ليس بجزء ، وأظن ذلك كله
اصلا لمسا أشكل عليهم . وتعليق الماوردى قريب من تعليل المصنف .
كذلك أكثر من تكلم فى المسألة من الأصحاب ، ولم يختص المصنف من
الاشكال الا بقوله : فلا يجوز أن يقوم على البائع ، وكذلك شيخه
القاضى أبو الطيب الاشكال فى هذه اللفظة وأرد عليها .

(فرع) وهذا الذى قلته وحملت كلام المصنف عليه ، من أن المراد ان اختلفت القيمة المنسوب اليها هو الصحيح المتعين . أما اذا اتحدت واختلفت قيمة العيب كما فى القسم الأول كانت قيمته معييا تسعة عند العقد ، ثم نقص فنقصانه مع بقاء قيمة السليم انما تكون لعيب آخر ، فذلك العيب الآخر ان اطلع عليه المشتري ورضى به صار وجوده كعدمه ، وينسب الذى كان حالة العقد نكص ، وان لم يرض به كان الكل الى القبض مضمونا على البائع ينسب من القيمة وان زادت قيمة المعيب مع بقاء قيمة السليم فذلك ، ان كان نقصان العيب ففقد برىء البائع بما نقص ، لأنه لو زال كله قبل القبض لم يثبت به الرد ولا الأرش فذلك نقصانه ، فلا يصح اعتبار أقل القيمتين هنا ، وان الحصول وصف زائد فى المبيع جبر النقصان الحاصل بالعيب ، فبقتضى ذلك زيادة قيمته سليما ، وقد فرضنا أن قيمته سليما باقية بحالها .

(فرع) عبارة الرافعى والجمهور أقل القيمتين من يوم العقد ويوم القبض وكذلك فى المحرر ، وقد تقدم الكلام عليها وعلى عبارة الامام ، وقال النووى فى المنهاج : أقل قيمة من يوم العقد الى يوم القبض ، وذلك يقتضى أنه اذا نقصت القيمة فيما بين العقد والقبض أن تعتبر تلك القيمة الناقصة المتوسطة ، وان كانت القيمة يوم العقد ويوم القبض سواء . لأن المتوسطة حينئذ أقل ، وكذلك اذا كانت فى أحد اليومين أقل من الآخر . وفيما بين ذلك أقل منهما أن يقوم بالمتوسطة التى هى أقل وعبارة الجمهور لا تقتضى ذلك . وتقتضى أن يقوم باحدى القيمتين فى يوم العقد أو يوم القبض ، ان كانتا متساويتين فباحداهما وان اختلفتا فبالأقل منهما ، وهذه عكس الصورة التى فرض الكلام فيها فيما تقدم عن صاحب الوافى . على أنه فى الروضة تابع للرافعى فى عبارته ، ونبه فى دقائق المنهاج على ذلك وأنه غيرها لهذا المعنى ، والذى يظهر عبارة الجمهور ، لأن العيب المنقص اذا وجد وزال قبل القبض لا يثبت به خيار فلا اعتبار به ، وفيه نظر فليتأمل . وقال فى التهذيب : أقل القيمتين من يوم العقد الى يوم القبض ، فان كانت النسخة صحيحة ففيه موافقة للمنهاج من بعض الوجوه . لكن قوله أقل القيمتين يوافق الجمهور .

(فرع) هذا الذى تقدم فى معرفة الأرض عن العيب القديم ، وكلام المصنف مفروض فى ذلك ، فانه قال فى أول الفصل : اذا أراد ، يعنى المشتري الرجوع بالأرض • أما الأرض المأخوذ من المشتري عن العيب الحادث ، قال ابن الرقعة فالمنقول أنه يقوم وبه العيب القديم ، ثم يقوم وبه العيب الحادث والقديم ويجب ما بينهما ، فإذا كانت قيمته بالقديم عشرة وبه مع الحادث تسعة غرم درهما ، ولا تجعل القيمة فى هذا الحال معيارا (قلت) وسيأتى هذا فى كلام المصنف شيئا لا يوقف على عيبه الا بكسره •

(فرع) قال ابن عسرون : المتأخر فى مجموع له يتعرض فى بعضه لألفاظ المذهب قال (قوله) وان اختلفت قيمة المبيع قال : فيقال مثلا قيمته يوم العقد بلا عيب ثلاثون ، وبالعيب عشرون ، فينقص عشرة • ويقال قيمته يوم القبض بلا عيب خمسة وعشرون وبالعيب عشرون ، فيرجع بأقل القيمتين وهو خمسة وكذلك لو قلت قيمته يوم العقد وزادت يوم القبض كما اذا قلنا سائل يعنى أن ذلك فى السائل • وأيضا فقلوه : يرجع بخمسة ، يجب تأويله على أن المراد نسبتها من الثمن •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كان المبيع اناء من فضة وزنه ألف وقيمه ألفان شكسره ، ثم علم به عيبا لم يجز له الرجوع بأرض العيب ، لأن ذلك رجوع بجزء من الثمن ، فيصير الألف بدون الألف ، وذلك لا يجوز • فيفسخ البيع ويسترجع الثمن ثم يفرم أرض الكسر • وحكى أبو القاسم الداركي وجهها آخر أنه يرجع بالأرض لأن ما ظهر من الفصل فى الرجوع بالأرض لا اعتبار به • والدليل عليه أنه يجوز الرجوع بالأرض فى غير هذا ، ولا يقال ان هذا لا يجوز • لأنه يصير الثمن مجهولا) •

(الشرح) هذا الفرع منسوب لابن سريج ، وغيه أوجه (أصحها) وهو قول الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب والمحاملى وهو الذى

صذر به المصنف كلامه أنه يفسخ المبيع ويرد الاثاء ، ويغرم أرش النقص الحادث ، ولا يلزم الربا لأن المقابلة بين الاثاء والثلث — وهما متماثلان — والعيب الحادث مضمون عليه ، كعيب المأخوذ على جهة السوم ، فعليه غرامته وغرامة الأرش عن الحادث هنا ليس كغرامته في سائر الصور ، كما سننبه عليه . واستدلوا على تعذر أخذ الأرش بأن الثلث ينقص كما ذكره المصنف ، وعلى تعذر رده مع أرش العيب الحادث بأن المردود يزيد على الثلث ، وكلا الأمرين ربا ولا يستشكل هذا التقرير مع الحكم بأن المشتري يغرم الأرش حتى يقف على آخر الكلام في التنبيه السادس .

(والوجه الثاني) ولم يذكره المصنف . وهو قول ابن سريج أنه يفسخ العقد لتعذر امضائه مع أخذ الأرش كما تقدم وبدونه لما فيه من ضرر المشتري ، ولا يرد الحلى على البائع لتعذر رده مع الأرش ودونه فجعل كالتالف ، فيغرم المشتري قيمته من غير جنسه معينا بالعيب القديم سليما عن الحادث ، واختار الغزالي هذا الوجه وأيراد صاحب البحر يقتضى ترجيحه ، وضعفه الامام وغيره . وقال الامام : انه أبعد الوجوه .

ونقل المحاملى عن ابن سريج تشبيهه بالمأخوذ على جهة السوم ، ثم رد عليه بأن المستام بمنزلة المغصوب اذا نقص يلزم أرش نقصانه لا قيمة جميعه .

(والثالث) الذى حكاه المصنف ثانيا ، وهو قول صاحب التقرير والداركى واختاره القاضى حسين والامام وغيره ، أنه يرجع بأرش العيب القديم كسائر الصور ، والمماثلة فى الربوى انما تشترط فى ابتداء العقد ، والأرش حق وجب بعد ذلك ، لا يقدر فى العقد السابق . قال الراغى رحمه الله :

واعلم أن الوجه الأول والثاني متفقان على أنه لا يرجع بأرش العيب القديم وأنه يفسخ العقد ، وانما اختلافهما فى أنه يرد مع أرش النقص أو يمسك ويرد قيمته ، وأما صاحب الوجه الثالث فقياسه تجويز الرد مع الأرش أيضا كما فى سائر الأموال .

(قلت) وسيأتى بيان من هو الفاسخ عند ابن سريج ، وبه يتبين أنهما لم يتفقا الا على أصل الفسخ ، ويأتى أيضا أن ما قاله الرافعى لم يصر اليه أحد . وعلى هذا الوجه اذا أخذ الأرش غقد ثيل : يجب أن يكون من غير جنس العرض كيلا يلزم ربا الفضل ، والأصح وهو الذى رجحه القاضى حسين والبغوى والرافعى أنه يجوز أن يكون من جنسهما ، لأن الجنس لو امتنع أخذه لامتنع أخذ غير الجنس ، لأنه يكون بيع مال الربا بجنسه مع شيء آخر ، وذلك من صور (مد عجوة) وأيضا لأن الأرش جزء من الثمن ، وقد غلط أبو اسحاق العراقى ، فجعل قول صاحب التقريب وجها رابعا ، وحكاه مع وجه الداركى بعبارتين متقاربتين ، ولم ينتبه لاتحادهما . ثم تنبه لأمر :

(أحدها) أن المصنف فرض المسألة فى الاناء ، وكذلك القاضى أبو الطيب فرضها فى ابريق وزنه مائة درهم ، وكذلك الشيخ أبو حامد فى التعليقة التى كتبها سليم عنه نقلها عن ابن سريج فيما اذا اشترى ابريقا فضة وزنه مائة درهم ، وقيمته مائة وعشرون بابريق من فضة وزنه مائة وقيمته مائة وعشرون . وفرضها الشيخ أبو حامد فى التعليقة التى أخذها البندنجى فى مصوغ ، وكذلك الامام والغزالى فيما اذا اشترى حليا وزنه ألف بألف وفرضها فى الحلى حسن لا اعتراض عليه .

وأما فرض المصنف ومن وافقه فى الاناء — فان قلنا بجواز اتخاذ أوانى الفضة — فصحيح أيضا وأما اذا قلنا بتحريم اتخاذها — وهو الأصح — فان الصنعة فيها غير محترمة ، فلا يكون الكسر عيبا فيها ، فلا يمنع الرد والأرش ، كما لو لم يحدث شيء ، فلعل ابن سريج فرع هذا على جواز اتخاذ ، وأيضا فذكر الكسر على سبيل المثال ، والمقصود حدوث عيب فى يد المشتري .

(الثانى) أن المصنف لم يذكر تمام صورة المسألة ، وهو أن يكون الثمن من جنس الاناء كما فعل ابن سريج والامام ، بل سكت عن الثمن بالكلية ، وكذلك القاضى أبو الطيب وكأنهما اكتفيا بشهرة المسألة والعلم بصورتها ، والمراد اذا اشتراه بوزنه من جنسه كذلك فرضها ابن الصباغ والامام وغيرهما ، والا فلو كان الثمن من غير النقود ،

أو من النقود من غير الجنس لم تأت المسألة ، لأنه لا يبقى محظور في المفاضلة ، فالمشتري يرجع بأرشف العيب القديم ، وممن صرح به ابن الصباغ والقاضي حسين ، وحكى أبو اسحاق العراقي فيه وجهين وأظنهما في الذخائر ، وكأنهما مأخوذان مما سنذكره عن الحاوي في التنبيه الثالث عشر وعلى كل حال فالأصح الجواز .

قال القاضي حسين : فان كان نقد البلد ذهباً والحلى المبيع من الفضة قوم الحلى بنقد البلد ، ثم يسترد الأرض من الثمن ، ان كان عرضاً فمن العرض ، أو ذهباً فمن الذهب ، فان كان نقد البلد فضة والحلى من الفضة ، قال القاضي حسين : يحتل وجهين (أحدهما) يقوم نقد البلد ، فان كان الحلى من نقرة خشنه والدراهم المطبوعة تريد عليه قوم بنقد آخر وهو الذهب ، كيلا يؤدي الى الربا ، هكذا رأيت في النسخة وكأنه سقط منها شيء .

(الثالث) في التنبيه على أمور واضحة ذكر القصة على سبيل المثال الربوى والذهب كذلك ، ولكن اناء الذهب حرام عند المصنف ، ولا يجري فيه الخلاف فلذلك لم يقع التمثيل به ، وجعله قيمة العين مثالا لزيادتها على وزنه حتى يكون الكسر منقصا لها ، فيكون عيباً ، أما لو كانت القيمة مساوية للوزن ان أمكن فرض ذلك ، لم يكن الكسر منقصاً ، لأن القيمة لا تعتبر حينئذ ، والكسر مثال لحدوث عيب ، فلو انكسر بنفسه كان الحكم كذلك^(١) .

(الرابع) أن تحليل المصنف امتناع الرجوع بالأرشف الذي اتفق عليه ابن سريج وأبو حامد والأكثر بأن ذلك رجوع بجزء من الثمن موافق كما تقدم من المصنف وأكثر الأصحاب أن الأرض جزء من الثمن ، وقد تقدم عن الغزالي تردد في أنه غرامة جديدة ، ولذلك قال الغزالي هنا كما حكى قول ابن سريج وقول صاحب التقریب ، قال : فحصلنا على احتمالين في حقيقة كل واحد من الأرضين أنه غرم مبتدأ أو في مقابلة المعقود عليه ، ويعنى بالأرشفين أرض القديم وأرشف الحادث يعنى أن علة قول ابن سريج يكون الأرض عن القديم جزءاً من الثمن

لما تقدم ، والأرث عن الحادث كذلك ، لأن ابن سريج يجعله في مقابلة ما فات من المبيع ، وأن الفسخ في غير الربوي يرد عليه إذا ضم مع المبيع ، كما يرد على المبيع وقول صاحب التقريب يقتضى أنه غرم مبتدأ .

فظهر لك بما قاله الغزالي أن مأخذ الوجهين الأولين أن الأرث جزء من الثمن ، ومأخذ الثالث أنه غرم مبتدأ ، لكن الامام قد اختار قول صاحب التقريب هنا ، وقد تقدم عنه قول بأن الأرث جزء من الثمن ، فطريق الجميع بأن القائل بأنه غرم مبتدأ لم يقل به من كل وجه ، بل من بعض الوجوه كما تقدم من كلام الامام في أنه انتقاص جديد ، وقد نبهت على ذلك فيما تقدم ، وكذلك على الامام في هذه المسألة قول صاحب التقريب بالضرورة ، ولو كان الأرث غرما مبتدأ لم يحتج الى ذلك .

وقال الامام أيضا : ان كل مسلك من المسالك يعنى الأوجه الثلاثة ، لا يخلو عن حيد عن قانون في القياس ، جار في حال الاختيار ، ولم يصر أحد الى التخيير بين جميع هذه المسالك من حيث اشتمل كل واحد على ميل عن أصل والضرورة تحوج الى واحد منهما ، فهذا الكلام من الامام يدل على أن الأرث ليس غرما مبتدأ من كل وجه ، اذ لو كان كذلك لكان غير خارج عن القانون . وفي كلامه ، وفيما تقدم عنه ، وفي النظر ما يدل على ذلك أيضا . ولذلك قال في توجيه كلام صاحب التقريب ان غرامة الأرث في هذا المضيق تقدر كأرث مبتدأ ، مرتب على جناية على ملكه .

(الخامس) أن الفاسخ للبيع هو الحاكم . صرح به الشيخ أبو حامد وصاحب العدة وغيرهما . ويحتمل أن يقال على قول ابن سريج : ان للمشتري أن يفسخ أيضا كما يقول في التخالف : ان لكل منهما أيضا أن يفسخ على الأصح (ان قلنا) بذلك كما ستعرفه في بابيه فإنه عندنا فيه وقفة .

(وأما) على قول الأكثرين فيبعد إلحاقه بالتخالف ، وإنما هو

رد بالعيب ، لا مدخل للحاكم فيه ، غير أنه امتنع دخول الأرض فيه ، وجعل غرامة مبتدأة ، وبهذا تبين لك أن الوجهين لم يتفقا على كيفية الفسخ ، كما وعدت به من قبل .

(السادس) قول المصنف لم يغرمه أرش الكسر يريد به أن تغريم أرش الكسر متأخر عن الفسخ ، والفسخ يرد على الاناء خاصة ، وليس كسائر الأموال حيث يرد الأرض عن الحادث مع المبيع ، إذا ورد الرد عليها في هذه الصورة أدى الى الربا ، وليس المراد باسترجاع الثمن قبضه بل رجوعه الى ملك المشتري ، وليس في الأوجه من يقول بجواز رد الأرض مع المبيع ، الا ما قال الراغبي أنه قياس الوجه الثالث . ولذلك أتى المصنف بصيغة « ثم » المقتضية للترتيب . وعبارة الراغبي أنه يرده مع أرش النقصان . ويجب تأويلها على المعية في الوجوب لا في انسحاب حكم الرد عليها على أن الامام ذكر هنا كلاما بليغا في تحقيق رد الأرض مع العيب بالعيب الحادث . وأن ليس على تقرير ورود الفسخ عليهما أعني في جميع الصور ، وقد قدمت ذلك عنه عند الكلام في أخذ الأرض عن العيب الحادث في الفصل الذي قبل هذا .

(السابع) أن كلام المصنف يقتضي أن الوجه الأخير حكاه الداركي ، وليس من قوله وكذلك حكاه الشاشي ، وكلام الراغبي يقتضي أنه عنه .

(الثامن) من قول المصنف في تعليل قول الداركي لأن ما ظهر من الفضل في الرجوع بالأرض لا اعتبار به . يفهم أن ذلك ليس مأخوذاً من أن الأرض غرم مبتدأ ، بل هو جزء من الثمن بطريق الظهور ، ولكن لا يعتبر لما ذكره من الدليل . فقله : ظهر ينفي كونه غراماً مبتدأً ثم بعد ذلك اما أن يكون ذلك بطريق الثمين أو بطريق انشاء نقص جديد . فيه ما تقدم من البحث الأقرب عبارة المصنف الأول والموافق لكلام الامام الثاني .

(التاسع) الدليل الذي ذكره على عدم اعتبار ذلك أنه يجوز الرجوع بالأرض في غير هذا الموضع بالاتفاق . ولم يقل أحد بأنه

لا يجوز ، لأنه يصير الثمن مجهولا أى لأننا ظهر لنا أن الثمن الذى قابل المبيع ما بقى بعد الأرش ، وذلك لم يكن معلوما حالة العقد ، وجهالة الثمن موجبة لبطلان البيع ، فلو كان ما ظهر معتبرا لم يجز الرجوع بالأرش فى غير هذا الموضع ، لأفضائه الى جهالة الثمن . وبطلان العقد من أصله ، لكن الرجوع بالأرش فى غير هذا الموضع جائز اتفاقا فلا يكون لما ظهر حكم ، وهذا بينه وبين ما ذكره الامام فى توجيه هذا القول لما حكاه عن صاحب التقريب بعض المخالفة ، فانه قال : انه فى هذا المضيق كأرث مبتدأ مرتب على جنائية فاذن هذا القول واحد ، ومأخذه مختلف .

المصنف يشير الى أن المقابلة تغيرت ، لكن ليس لظهور تغيرها حكم ويترد ذلك فى هذه المسألة وفى غيرها ، والامام يقول فى هذه المسألة : الضرورة تجعله كغرم مبتدأ ، ولا يخفى أن فى كل من الكلامين حيدا عن القانون كما قاله الامام ، فان المصنف يحتاج الى الاعتذار عن تخلف الحكم عما ظهر ، وليت شعري هل الرجوع بالأرش مجمع عليه ؟ أو فيه نص أو لا ؟ فانه ان كان فيه نص أو اجماع كان عذرا فى أن يجعل أن ما ظهر لا حكم له ، أو يجعله كغرم مبتدأ اتباعا ، وان لم يكن فيه اجماع ولا نص فما المخلص عن هذه الاشكالات ؟ وما الموجب لارتكابها ؟ .

(العاشر) لا جواب ، وما استدلل به الداركي أنه انما يلزم جهالة الثمن اذا كان ذلك بطريق العين ، أما اذا قلنا : ان المقابلة تغيرت بانتقاص جديد فلا . وهذا الذى يقول به بدليل حل الجارية وغير ذلك مما تقدم . واذا كان بطريق النقص صار له حكم فى المقابلة صارت الألف مقابلة بدون الألف الآن لا فيما مضى فامتنع الرجوع بالأرش كذلك .

قال الفارقى فى الجهالة : يفرق فيها بين الجهالة الحاصلة بفعل العاقل ابتداء والحاصل بغير فعله . ولهذا لو أسلم الى أجل مجهول بطل ولو مات المسلم اليه فى أثناء الأجل حل وصار الأجل بموته مجهولا وهو صحيح .

(الحادى عشر) أنه على الأصح الذى قاله المصنف أنه يرد ثم يغرّم أرث النقص الذى حدث عنده وشبهوه بالمستقام ، وفيه نظر .

لأن الرد يرفع العقد من حينه على الصحيح . فالعيب حدث على ملك المشتري خفيف يعرّمه إذا لم يقدر ورود الرد عليه وليس كالمستام فإن المستام ليس مملوكا له ، وأشار الامام الى أن ذلك على سبيل التقدير ، ونظره بقول منصوص للشافعي : إذا فسخ النكاح بعد الدخول أن الزوج يسترد المسمى ، ويرد اليها البضع ثم يعرّم الزوج لها مهر المثل .

(الثاني عشر) مأخذ فسخ البيع على ما قال الشيخ أبو حامد من قول الشافعي في الرجل يشتري ثمرة قبل بدو الصلاح بشرط القطع ، ثم لم يقطع حتى بدا الصلاح ثم أراد القطع فسخنا البيع ههنا لما يؤدي ذلك اليه من الاضرار بصاحبه أو بالمساكين ، هكذا رأيته في تعليقه ولم أفهمه ، وانما يفسخ البيع فيما اذا حدثت ثمرة أخرى واختلطت ولم تتميز على أحد القولين . ثم في مسألة اختلاط الثمار على أحد القولين . وهو الصحيح عند طائفة أن البيع ينفسخ بنفسه من غير فسخ وليس ههنا كذلك .

(الثالث عشر) صورة المسألة اذا كان الاناء باقيا فلو عرف العيب القديم بعد تلفه عنده فالصحيح الذي ذكره العراقيون وصاحب التتمة أنه ينفسخ العقد ، ويسترد الثمن ويعرّم قيمة التالف ان كان متقوما ، ومثله ان كان مثليا . ولا يمكن أخذ الأرض . وقال القاضي حسين : انه يأخذ الأرض . وضححه في التهذيب وقد تقدمت المسألة في باب الربا . وذكره القاضي حسين . وصاحب التهذيب هنا موافق لقول الداركي في حالة البقاء ، ويلزمهما موافقته هناك . وما قاله العراقيون هنا موافق لقول ابن سريج في حالة البقاء . وألجأهم الى ذلك امتناع الرد بالتلف ، واحتاجوا الى الفسخ هنا لامتناع أخذ الأرض عن القديم بخلاف تلف بيع المعيب في غير هذه الصورة . حيث يكون أخذ الأرض ممكنا . قالوا : وتلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ . وقد جوز الشافعي الاقالة بعد التلف ، وكذلك في التخالف وصاحب التتمة جعل حالة التلف أصلا وأن ابن سريج يقول في حالة البقاء كحالة التلف .

وذكر القاضي حسين في هذا الباب ثلاثة أوجه . قال : وفي المسألة اشكال . وقد تقدم في باب الربا اختياره ، وحكاية الأوجه الثلاثة . وفي الحاوي في باب الربا عند التلف أنه ان كان بجنسه لم يرجع

بالأرش ، وأن كان بغير جنسه من النقدين (فوجهان) أقيسهما الرجوع فيرجع بأرش الفضة ذهباً (والثاني) وهو قول الشيوخ من البصريين والجمهور من غيرهم لا يجوز ، لأن الصرف أضيق ، ولأن الأرش يعتبر بالأثمان فلا يكون داخلاً فيها وقد تقدم ذلك ، وتفريعه عنه في باب الربا ، وقياس ذلك أن يجري هنا في حالة البناء ، لكن الماوردي غرض ذلك في الصرف ولم يفرضه حيث تكون القيمة زائدة عن الوزن .

(الرابع عشر) متى كان كسر الاناء من المشتري فلا فرق بين بعد القبض أو قبله ، ومتى كان من غيره ووجد بعد التقابض والتفرق فلا اشكال ، وفيه غرض الامام المسألة ، ومتى كان قبلهما فهو من ضمان البائع فلا تأتي المسألة ، ومتى كان بعد التقابض وقبل التفرق فيلتفت على ما تقدم أن المشتري اذا قبض المبيع في زمن الخيار هل يصير من ضمانه أم لا ؟ وفيه طرق تقدمت ، فان قلنا لا يصير من ضمانه وأنه ينفسخ بتلفه في يده ، وهو ظاهر نص الشافعي ، فالعيب الحادث حينئذ مضمون على البائع لا يوجب الأرش ، فهو كما قبل التقابض فلا تأتي المسألة (وان قلنا) من ضمانه كما اقتضاه كلام المصنف فالحكم كما بعد التفرق والتقابض ولا جرم أطلق المصنف التصوير ، ولم أجد في شيء من ذلك نقلاً ولكنه قضية التفرع ، والطرق التي في قبض المبيع في زمن الخيار ، تقدمت في هذا الباب عند حدوث تلف المبيع بعد القبض .

(الخامس عشر) اذا غرمانه قيمته على قول ابن سريج أو على قول الأكثرين عند تلفه ، فقد تقدم في حكاية ابن سريج أنها تكون من غير جنسه . هكذا حكاة الرافعي ، يعني اذا كان فضة يعطى قيمته ذهباً ، وان كان ذهباً يعطى قيمته فضة . وكذلك حكاة القاضي أبو الطيب عن ابن سريج ، وقاله القاضي أبو الطيب من عند نفسه في حالة التلف أيضاً ، والأكثر لم يعتبروا ذلك ، بل أطلقوا القيمة . وهو أحسن هذه غرامة . وليست عقداً يجيء تحذر فيه من الربا ، وقد حكى العراقيون فيما اذا أتلقت آنية فضة قيمتها أزيد من وزنها ثلاثة أوجه (أصحها)

يضمن بالنقد الغالب (والثاني) يقوم بغير جنسه (والثالث) بمثل وزنه من جنسه ، والزيادة من غير جنسه •

قال أبو سعيد الهروي : وكان القاضي الحسين يعيب هذا ويقول : الاتلاف ليس مقيسا على البيع في أمر الربا (قلت) فقياس الأوجه الثلاثة أن يأتي مثلها هنا •

(السادس عشر) غرامة أرش النقصان الحادث على قول الأكثرين عند بقاءه ، هل يكون من نقد البلد ؟ وإن كان من الجنس قولاً واحداً أو يجري فيها الخلاف الذي في الغصب (الظاهر) الثاني لأنهم شبهوه بالمستام •

(السابع عشر) قد تقدم من قول الامام أنه لم يصح أحد الى التخيير بين جميع هذه المسالك بعد أن ذكر الأوجه الثلاثة ، واختار الثالث منها ، وكذلك قال الغزالي في البسيط أنه لم يصح صائر الى التخيير بين أرش العيب القديم وضم أرش العيب الحادث • كما في سائر العيوب ، وإن كان محتملاً بحكم التوجيه الذي ذكرناه للوجهين • لكن اعتقد كل فريق أن ما ذكره أبعد من اقتحام الربا ، فلم يثبت الخيرة • وهذا الذي قاله الامام والغزالي يرد القياس الذي قاله الرافعي انه قياس الوجه الثالث ، لاسيما وهو مختار الامام • وهو أعرف بقياسه ، ولا شك أن القياس كما قال الرافعي ، ولكن لعل صاحبه ترك القياس للمعنى المذكور وهو البعيد من الربا • ولو ثبت ما قاله الرافعي من القياس لكان لنا قائل بالتخيير والامام قد نفاه •

(الثامن عشر) صورة المسألة أن يكون العيب الذي ظهر بالاناء كالكرس ونحوه ، فلو كان يخرج عن الجنس كالغش تبين بطلان العقد للمفاضلة •

(التاسع عشر) أن الكلام المذكور لا اختصاص له بالاناء والحلى ، بل هو في كل عقد اشتمل على جنس واحد من مال الربا من الجانبين ، كما اذا باع صاع حنطة بصاع ، واطلع أحدهما على عيب فيما أخذه

بعد حدوث عيب في يده أو تلفه وفيه غرض صاحب التهمة ، وقال ابن الحكم في سائر أموال الربا كذلك . وكذلك قال غيره .

(العشرون) ان أرش الكسر الذي يغرمه يمكن أن يقال بأنه لا يكون منسوباً من الثمن ، بل ما نقص من القيمة هنا يقتضى تشبيهه بالمستام ، ويدل له ما سيأتى فيما لم يوقف على عيبه الا بكسره (وقال) أبو حامد بن يونس في شرح الوجيز ، اعتراضاً على جعله كالجناية بعد الفسخ : أنه لو كان كذلك لغرم أرش ما نقص ، والمغرم جزء من الثمن ، وكلام الغزالي ساعده ، ولولا ذلك لم يحتج إلى الفرار من الربا ، وسيأتى فيما لم يوقف على عيبه الا بكسره تمام هذا البحث ، والأقرب هنا ما قلناه أولاً ، وهو أنه لا يكون منسوباً من الثمن بل من القيمة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجد العيب وقد نقص البيع بمعنى يقف استعلام العيب على جنسه بأن كان جوزاً أو بيضاً أو غير ذلك مما لا يوقف على عيبه الا بكسره — فينظر فيه فان كسره فوجده لا قيمة للباقي كالبيض المذر والرمان العفن — فالبيع باطل لأن ما لا قيمة له لا يصح بيعه فيجب رد الثمن) .

(الشرح) تقدم الكلام في النقص الذي لا يقف استعلام العيب على جنسه والكلام الآن فيما يقف ، وانما قال على جنسه ولم يقل عليه ليشمل ما اذا كسر منه قدراً لا يوقف على العيب بما دونه وما اذا كسر منه قدراً يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه ، وكلا القسمين سيأتیان في كلامه ان شاء الله تعالى ، اذا عرفت ذلك فنقول : ما لا يوقف على عيبه الا بكسره مما مأكوله في جوفه أو غيره ، كالبطيخ والرائج والرمان واللوز والجوز والبندق والبيض ، فكسره فوجده فاسداً لا قيمة له كالبيض المذر الذي لا يصلح لشيء ، والبطيخ الشديد التغير والرمان العفن والجوز والرائج والقثاء المدود ، فقد نص الشافعي رحمه الله والأصحاب أنه يرجع بجميع الثمن .

قال المزني : سمعت الشافعي يقول : كل ما اشتريت مما يكون
مأكوله في جوفه فكسبرته فأصبته فاسدا فلك رده ، وما بين قيمته فاسدا
صحيحا وقيمه فاسدا مكسورا ، قال : وقال في موضع آخر : فيها
قولان .

(أحدهما) ليس له الرد الا ان شاء البائع ، وللمشتري ما بين
قيمه صحيحا وفاسدا الا أن يكون له فاسدا قيمة ، فيرجع بجميع
الثمن اذا لم يكن لفاسده قيمة والقولان هكذا ذكرهما الشافعي في الأم
في الجزء الثامن في باب ما اشترى مما يكون مأكوله داخله ، وما ذكره
الشافعي رضى الله عنه من الرجوع بجميع الثمن اذا لم يكن لفاسده
قيمة قطع بها الأصحاب كافة لكن اختلفوا في طريقه فالجمهور من
الأصحاب العراقيين ومعظم الخراسانيين ، على أنه تبين فساد البيع
كما ذكر المصنف لوروده على غير متقوم . وعن القفال وطائفة أنه
لا يتبين الفساد لكنه على سبيل استدراك الظلامة ، كما يرجع بجزء
من الثمن عند نقص جزء من المبيع يرجع ب كله عند فوات كل المبيع .

وتظهر ثمرة الخلاف في أن القشور الباقية بمن تختص ؟ حتى
يكون عليه تطهير الموضع عنها ، وكلام الشافعي محتمل لكل من
الوجهين ، لكن القواعد تقتضى حمله على ما قاله الأصحاب ، ونقل
القاضي حسين عن الشيخ وهو القفال أنه قيل له في الدرس : اذا كان
لا قيمة لفاسده غير مكسور وجب الحكم بفساد العقد كسائر ما لا
يتقوم ، فقال : هو وان كان كذلك فلا ينفك عن أدنى قيمة ، وان قلت :
لبقاء بعض المنافع فانها تقتضى لتنقش فيلعب بها الصبيان ، وخالف
القاضي في ذلك ، لأن القصد من شراء البيض الطعم ، وأحد لا يشتري
البيض لينقش وتلعب به الصبيان ، والامام حكى قول القفال عن طائفة
وأفسده لكن بغير الطريق الذي أفسده بها القاضي ، فان مقتضى كلام
القاضي أن هذه المنفعة لقلتها لا تعتبر ، وليست مسوغة لايراد العقد
عليه كسائر المنافع التافهة ، والامام فرض الكلام حيث لا قيمة مع
الصحة ، ومفهومه أنه اذا كانت له قيمة ، وان قلت نحكم بالصحة ،
لكنه في آخر كلامه يقول : لا وجه الا القطع بالفساد .

وقال الغزالي : انه اذا لم يبق له بعد الكسر قيمة ، قال الشافعي يسترد الثمن جميعه ، فقال الأصحاب : معناه أنه يسترد أرش النقصان ، لكن أرش كمال الثمن اذا لم يبق له قيمة (والوجه) أن يقال : تبين بطلان العقد ، فان فرض له قيمة قبل الكسر قيمة للنقش ولعب الصبيان ، فقد بطلت المالية الآن .

(فان قلنا) طريق الاطلاع من عهد البائع حتى لا يجب به أرش فهنا يتقدم أن يسترد تمام الثمن ويجعل كأنه لم يشتري الا ما بقي بعد الاطلاع وان جعل ذلك من ضمان المشتري فلا يتقدم معه أن يسترد تمام الثمن . هذا كلام الغزالي وما نقله عن الأصحاب هو قول القفال ومعظم الأصحاب قاطعون بخلافه أفهم كلامه فرض المسألة فيما اذا لم يكن له قبل الكسر قيمة أصلا ، كما اقتضاه كلام الامام ، وأن منفعة النقش ولعب الصبيان معتبرة ، وذلك خلاف ما قاله القاضي حسين ومقتضى كلام الغزالي في هذه المسألة الحالة اذا كانت له قيمة ومنفعة للنقش ولعب الصبيان الجزم بصحة البيع ثم الاختلاف في استرداد تمام الثمن أى بطريق الفسخ ، كما في قتل العبد المرتد في يد المشتري وأولى فيتحصل من كلامه وكلام الأصحاب أربعة أوجه (الأصح) أن البيع باطل .

(والثاني) أنه يصح وينفسخ بعد ذلك ، ويسترد جميع الثمن ، وهذا غير قول القفال لأن القفال يقول : ان ذلك بطريق استدراك الظلامة مع بقاء العقد كالأرش حتى تبقى القشور للمشتري ، ومقتضى هذا القول القائل بأن الانفساخ اذ ترجع القشور للبائع ، ويلزمه تنظيف المكان عنها .

(والثالث) أنه يصح ولا ينفسخ ، لكن يكون له أرش العيب ، وهو ههنا الثمن بكماله وهو قول القفال .

(والرابع) أن البيع صحيح ولا ينفسخ ولا يسترد الثمن بكماله ، بل يسترد الأرش وهو ما بين قيمته سالم الجوف وغاسده قبل الكسر ،

وهذا الوجه مخالف لنص الشافعي ، وطريقه أن يحمل النص على ما لا قيمة له مع فساده في حال صحته فيحملها على مراتب •

(احداها) أن يتبين بالكسر أنه لم يكن له قيمة في حال صحته أصلا • وهذه الحالة يتبين بطلان البيع فيها قطعا ، على ما اقتضاه كلام القاضي حسين ، ويجري فيها وجهان على ما اقتضاه كلام الغزالي •

(الثانية) أن يتبين أنه كانت له قيمة تافهة كالنقش ولعب الصبيان • فهي محل الأربعة الأوجه المتقدمة والمذهب البطلان خلافا للقفال وطائفة والغزالي • فإن كلامه يقتضي ذلك في هذه •

(المرتبة الثالثة) أن يفرض له قيمة قبل الكسر معتبرة في صحة إيراد العقد عليه ثم تبطل بالكسر • وهذا الغرض لم يذكره الأصحاب لأنه متعذر أو بعيد فلو قدر وجوده فلا يمكن القول بتبين البطلان هنا • لكن يأتي الوجهان المفهومان من كلام للغزالي في المرتبة الثانية (أحدهما) أن البيع يفسخ ويرجع بالثمن ، ويجعل طريق الاطلاع من ضمان البائع ، وإن حصل في يد المشتري •

(والثاني) أنه لا يفسخ إذا قلنا ذلك ليس من ضمان البائع ، لكن يرجع المشتري على البائع بالأرش ، وهو ما بين قيمته سالما وفاسدا صحيح القشر ، وهذان الوجهان إذا فرض له قبل الكسر قيمة صحيحة للعقد لا اشكال في جريانها ويمكن صاحب الوجه الأول أن يحمل كلام الشافعي على ذلك ، وأنه يرجع بالثمن بطريق انفساخ العقد ، والخلاف في كون طريق الاطلاع على العيب من ضمان البائع أو لا • سيأتي إن شاء الله تعالى فيما إذا كان له بعد الكسر قيمة •

(والأصح) أنه من ضمان البائع ، فيكون الأصح هنا من الوجهين اللذين قالهما الغزالي أنه يفسخ (وإن قلنا) أن العقد صحيح لكن الظاهر أن الغزالي لا يوافق على تصحيح أنه من ضمان البائع في المسألة الآتية ، وشبه أيضا بالخلاف في قتل المرتد في يد المشتري بالردة السابقة ، هل يكون من ضمان البائع أو لا ؟ والصحيح أنه من ضمان

البائع . اذا عرفت ذلك رجعنا الى لفظ الكتاب قول المصنف : فوجده
لا قيمة للباقى أى بعد الكسر يشمل ما اذا كان له قبل الكسر قيمة تافهة
أو كثيرة ، أو لا قيمة له أصلا ، والأخير محل اتفاق .

(والثانى) تقدم الكلام فيه ، وبينت أنه فرض بعيد أو متعذر ،
فلا نجعله مدرجا فى كلام المصنف ، فانه بذلك يشكل الحكم بالبطلان
لما تقدم ، والأول وهو أن يكون له قيمة تافهة هو محل الخلاف بيننا
وبين القفال ، فلذلك والله أعلم أتى المصنف بهذه العبارة حتى تشمل
القسمين الأول والثالث ، وتعليقه بأنه لا قيمة له يقتضى الاقتصار
على القسم الثالث لكن الذى له قيمة تافهة كما لا قيمة له فالمراد لا قيمة له
معتدا بها (وقوله) فيجب رد الثمن هو المنصوص للشافعى (وقوله)
البيع باطل وما حمل معظم الأصحاب كلام الشافعى عليه .

(فرع) قال ابن الرفعة : انه تظهر فائدة الخلاف بين الأصحاب
والقفال أيضا فى أن مجرد الاطلاع هل يوجب استرجاع الثمن أم لا ؟
فعلى القول بأنه استدراك للظلمة لا يكون له الا اذا طلبه على الفور ،
كما تقدم ذكره فى المبيع الذى تعذر رده لحدوث عيب به عند المشتري .
وعلى القول بتبين بطلان العقد يكون الثمن مستحقا من حين الكسر الذى
زالت به المسالية .

(قلت) أما اذا قلنا : انه استدراك للظلمة لا يكون الا طلبه على
الفور ، فانه قد تقدم أنه عند امتناع البائع من أخذ المبيع وتعين
الحق فى الأرض لا يجب أن المشتري يطلبه على الفور ، وقبل امتناع
البائع تقدم عن الراعى وغيره أنه يعلمه به على الفور ، فان شاء قبله
فهنا ان كان الرد عند القفال سائعا وأنه اذا طلبه البائع يجب ، فالأمر
كما قال ، فاذا لم يعلمه به بطل الرد والأرض لكن ذلك لا فائدة فيه
أصلا ، ولا يحصل للبائع به مصلحة ، وأن الرد عند القفال ممتنع
لخروجه عن المسالية ، فيكون الأرض متعينا ولا يجب طلبه على الفور ،
وهذا هو الأظهر ، وأما قوله : على القول بتبين بطلان العقد يكون الثمن
مستحقا من حين الكسر ، فمحمول على أن علمنا استحقاقه من حين

الكسر ، والا فهو مستحق من حين التسليم لعدم صحة البيع من أصله ،
والله أعلم .

(فرع) أطلق المصنف الكسر في هذا القسم . فيقتضى أن
لا فرق بين أن يزيد في الكسر أو يقتصر على قدر ما يعرف به العيب ،
وهو كذلك على المذهب لأنه اذا تبين بطلان العقد لعدم كونه متقوما
قبل الكسر ، فلا فرق ، أما على رأى القفال ومن وافقه فيظهر أن يقال :
ان زاد في الكسر وكان لو اقتصر على ما يعلم به العيب لبقيت تلك
القيمة اليسيرة يكون الزائد من ضمان المشتري ، فلا يكون الأرش جميع
الثمن وفيه نظر .

(فرع) ان اختلفا في تسليمه صحيحا أو فاسدا فالقول قول
البائع مع يمينه قاله الشيخ أبو حامد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان كان له قيمة كبعض النعامة والبطيخ الحامض ، وما دود
بعضه من المأكول — نظرت فان كسر منه قدرا لا يوقف على
العيب بما دونه — ففيه قولان (أحدهما) أنه لا يرد ، وهو قول
المزنى لأنه نقص حدث في يد المشتري ، فمنع الرد كقطع الثوب
(والثاني) لا يمنع الرد ، لأنه معنى لا يوقف على العيب الا به فلم
يمنع الرد كئثر الثوب (فان قلنا) لا يرد ، رجع بأرش العيب الا به فلم
ما ذكرناه (وان قلنا) يرد فهل يلزمه أن يدفع معه أرش الكسر ؟ فيه
قولان (أحدهما) يلزمه كما يلزمه بدل لبن الشاة المصراة (والثاني) لا
يلزمه ، لأن الكسر الذى يتوصل به الى معرفة العيب مستحق له فلا يلزمه
لأجله أرش) .

(الشرح) اذا كسر ما لا يوقف على عيبه الا بكسره ، وكان
للباقى بعد الكسر قيمة كما ذكره ، وكالرائج وغيره اذا بقيت له قيمة ،
فان لم يزد على قدر ما يعرف به العيب مثل أن نقب الرمان فعرف
حموضته أو قطعه قطعا يسيرا فعرف أنه مدود . قال القاضى أبو الطيب :

لأن التدويد لا يمكن أن يعرف بالنقب ، وإن كان هكذا ففيه قولان .
وقد تقدم ذكرهما عن مختصر المزني . واتفقت الطرق على حكايتهما
(أظھرهما) عند الأكثرين أنه لا يمنع الرد ، وهو ما أورده المصنف
(ثانيا) وهو الذي حكى المزني في كلامه أولا أنه سمعه من الشافعي ،
وبه قال مالك وأحمد في رواية ، وممن رجحه الماوردي والرويانى
والشيخ أبو حامد ومن تابعه على ما حكاه الراغبى وقاسوه على المصراة .
هكذا قاسه الأكثرون ، والمصنف قاسه على نشر الثوب ، وسنذكر سبب
ذلك إن شاء الله تعالى .

(والقول الثانى) أنه ليس له الرد قهرا كما لو عرف عيب الثوب
بعد قطعه وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وصححه صاحب التهذيب ،
قال المزني بعد حكاية ما قدمته عن المختصر : هذا يعنى القول بأنه ليس
له الرد أشبه بأصله ، لأنه لا يرد الرانج مكسورا ، كما لا يرد
الثوب مقطوعا ، إلا أن يشاء البائع ، وأجاب الأصحاب بأن للشافعي
في الرانج قولين أيضا (فإن قلنا) لا يرد فهو كسائر العيوب الحادثة
فيرجع المشتري بأرشف العيب القديم . أو يضم أرشف النقصان اليه
ويرده كما سبق هكذا قال الراغبى . وهو مأخوذ من كلام الامام كما
سنذكره في آخر الكلام ، وعليه ينزل كلام المصنف والأصحاب ،
فمن أطلق أنه يرجع بالأرشف ، فاذا رجع بالأرشف فيقوم صحيحا
- وقشره صحيح - وفاسدا وقشره صحيح ، وينظر كم نقص من قيمته
فيرجع به من الثمن . وهذا معنى قول المصنف على ما ذكرناه ، أى
أنه يرجع من الثمن ، وليس كالأرشف الذى يرد المشتري على ما سيأتى
إن شاء الله تعالى ، ولا يقومه مكسورا ، لأن الكسر نقص حدث في يده ،
وانما يجرى تقويمه مع العيب الذى كان عند البائع . وطريق الاطلاع
على العيب على هذا القول من ضمان المشتري لأننا منعناه من الرد
(وإن قلنا) يرد ، وهو الأظهر ، فهل يغرم أرشف الكسر ؟ ففيه قولان
(أحدهما) نعم كالمصراة . وهذا هو الذى تقدم نقله عن المختصر في
قول الشافعي : لك رده ، وما بين قيمته فاسدا صحيحا وقيمه فاسدا
مكسورا فهذا صريح في وجوب الأرشف على المشتري إذا رد . ورجح
الغزالي هذا القول .

(والثانى) لا ، لأنه معذور فيه ، والبائع بالبائع كأنه سلطه عليه ،

وهذا أصح عند الجرجاني وصاحب التهذيب وابن أبي عصرون والرافعي في المحرر . ولهذا قال في الروضة : انه الأظهر ، ونقل الرافعي أنه أصح عند غير صاحب التهذيب أيضا . ونقل غيره أنه أصح عند الشيخ أبي حامد ، ولم أر ذلك في تعليقه وطريق الاطلاع على هذا القول من ضمان البائع ، والفرق بينه وبين المصرة أن الكسر عيب حادث لم يفوت عينا على البائع بخلاف حلب المصرة فانه أظهر نقضا مع تفويت عين هكذا قال بعضهم : ومن مجموع ذلك تأتي ثلاثة أقوال جمعها أبو اسحاق المروزي والشيخ أبو حامد فمن بعده ، والغزالي جعلها أوجها (أحدها) أنه لا يرد ويرجع بالأرشف (والثاني) يرد بغير أرشف ، وهو الأظهر عند الرافعي وغيره (والثالث) يرد مع الأرشف ، قال الغزالي : وهو الأعدل . ثم ننبه على أمور :

(أحدها) أن طريق الاطلاع على العيب اما أن يكون من ضمان البائع ، أو من ضمان المشتري ، ان كان الأول فليرد بغير أرشف كما رجحه الرافعي ، وان كان الثاني فليمتنع الرد ، فالقول بأنه يرد مع الأرشف خارج عن المأخذين ، مع أنه المنصوص في المختصر ، وعلله الغزالي كما قال : انه الأعدل بأنه حتى لا يتضرر البائع أيضا ، وذلك من قبيل المصلحة المرسله .

(الثاني) قال الرافعي في المحرر : انه لا يمنع الرد ، واذا رد لم يغرم الأرشف على الأظهر ، وتبعه في المنهاج فقال : رد ولا أرشف عليه في الأظهر ، فان أراد أن الرد مجزوم به والخلاف في الخلاف في الأرشف ، فهذه طريقة لم أعلم من قال بها . فالوجه أن يجعل قوله في الأظهر غاية اليهما . ويكون المعنى أن الأظهر أنه يرد بغير أرشف وهو القول الذي رجحه في الشرح . ومقابله قولان عدم الرد مطلقا أو الرد مع الأرشف (الثالث) قال الامام : مما يجب التنبيه له — ولا تتحقق الاحاطة بالمسألة دونه — أن المسألة التي نحن فيها لا تتميز أصلا عن تفصيل القول في العيوب الحادثة الا على قولنا : ان المشتري يرد العيب المكسور من غير أرشف ، فان لم نسلك هذا المسلك فلا فرق . فاننا اذا ذكرنا في الكسر خلافا في المنع من الرد وضم أرشف الحادث من العيب ، فقد ذكرنا مثله في كل عيب حادث ، فلا تنفصل هذه المسألة

عن غيرها الا اذا جوزنا الرد مع غير غرم أرش في مقابلة عيب الكسر
فلو قال قائل : مسألة الكسر أولى بأن يحتكم المشتري فيها بالرد مع
غرامة الأرش كان هذا فرقا في ترتيب مسألة عن مسألة .

هذا كلام الامام وهو في نهاية الحسن ، لكنه يقتضى أنه عند
التنازع يأتى الخلاف فيمن يجب (فان قلنا) في تلك المسائل يجب
المشتري فهنا أولى (وان قلنا) يجب البائع مطلقا أو اذا طلب
تقرير العقد فهنا خلاف ، والذي يدل عليه ظاهر النص الذى سمعته
المزنى من الشافعى أن المجاب المشتري في طلب الرد مع الأرش ،
والفرق بينه وبين تلك المسائل اما على القول الذى اختاره المزنى بامتناع
الرد فتتحد هي وتلك المسائل كما تقدم عن الرافعي ، والظاهر أنه
أخذه من كلام الامام هنا .

(الرابع) أنه اذا اشترى ثوبا مطويا فنشره ووقف على عيب به ،
فان لم ينقص بالنشر فلا يمنع الرد ، وان نقص — فان كان لا يوقف
على عيبه الا به ، مثل أن يتولى ذلك من هو من أهل الصنعة ويرفق
به — ففي المسألة الأقوال المذكورة ، وان لم يكن من أهل الصنعة ،
ونقص نقصا زائدا فعلى ما سيأتى . فيما اذا زاد في الكسر ، المذهب
امتناع الرد . وقال أبو اسحاق : على الأقوال . وأطلق الأصحاب المسألة
فصورها صاحب الحاوى فيما اذا كان مطويا على طاقين حتى يرى
جميع الثوب من جانبيه ، فان كان على أكثر من طاقين لم يصح البيع ،
ان لم تجوز خيار الرؤية . قال الرافعي : وهذا أحسن . لكن المطوى
على طاقين لا يرى من جانبيه الا أحد وجهي الثوب ، وفي الاكتفاء
به تفصيل وخلاف قد سبق .

وقال امام الحرمين : ان هذا الفرع مبنى على تصحيح بيع
الغائب ، وذكر الرافعي تنزيلين آخرين (أحدهما) أن يفرض رؤية
الثوب قبل الطي والطي قبل البيع (والثاني) أن ما ينقص بالنشر
ينقص بالنشر مرتين فوق ما ينقص به مرة واحدة ، ولو نشر مرة وبيع
وأعيد طيه ثم نشره المشتري فزاد النقصان بذلك انتظم الفرع .

إذا علم ذلك فالمصنف قاس بالنشر على نشر الثوب فإن أراد الذي لا يحصل به نقص فالفرق ظاهر ، وإن أراد ما يحصل به نقص وهي كالمسألة ، والخلاف فيها كالخلاف ، فكيف يجعلها أصلاً ويقيس عليها ؟ . وكذلك صاحب التهذيب قاس على نشر الثوب والمصرة جميعاً ، والظاهر أن المصنف انما قاس على نشر الثوب ولم يقس على المصرة . لأن المسألة خلافية بيننا وبين أبي حنيفة . وأبو حنيفة لا يسلم الحكم في المصرة فلا يمكن الاحتجاج عليه بها فقاسها على نشر الثوب . وكذلك فعل في النكت قال : كنشر الثوب وقلب الصبرة . وهذا يدل على أنه أراد النشر الذي لا يحصل به نقص . ولهذا لم يقل في غلته هنا : أنه نقص . بل قال : يعنى كأنه لكونه طريقاً الى معرفة العيب لا يعد نقصاً .

(الخامس) قال المرعشي : في ترتيب الأقسام سبب ذكرته فيما تقدم مختصراً ولا بد من ذكره هنا والتنبيه على ما فيه . وهو أن العيب الحادث في المصرة على ثلاثة أضرب : ما فيه قول واحد أنه يرد كالعيب والخيار . كغمزه بعود أو حديدة فيتبين الأرض . وما فيه ثلاثة أقوال له أنه مر غله الرد . وما فيه قولان كالثوب يقطع ثم يتبين به حرق هل يرد ؟ ونقص القطع أو لا . ويأخذ الأرض وما فيه ثلاثة أقوال كالجوز واللوز وما لا يتوصل الى علمه إلا بكسره . فإذا كسره فأصابه فاسداً ففيه ثلاثة أقوال (أحدها) يرده وما نقص (والثاني) يأخذ الأرض (والثالث) يرد ويأخذ جميع الثمن .

(قلت) فإن كان مراده حيث لا نجعل في العيب والخيار عيباً بذلك الغمز . فهو يخالف فرضه . وإن حصل فيه بذلك عيب — فإن لم تنب له قيمة — لم يأت إلا الرد والرجوع بجميع الثمن كما قال . وحينئذ القسم الثالث في كلامه أن لم تنب له قيمة فلا يأتى فيه إلا قول واحد كذلك . وإن بقيت له قيمة لم يأت فيه القول بالرجوع بجميع الثمن .

(السادس) قول المصنف لا يوقف على عيبه إلا بكسره أحسن من قول من قال مأكوله في جوفه ، فإنه يشمل الثوب إذا نشره كما تقدم . وكذلك إذا اشترى قطعة خشب ليتخذ منها ألواحاً فلما قطعها

وجدناها عفنة • قال القاضي حسين في الفتاوى : غيه قولان كما مأكوله في جوفه (فان قلنا) لا رد له يأخذ الأرض من البائع • وهو ما بين قيمتها عفنة وغير عفنة ، قال : وبه أغتني (قلت) وهذا اختيار منه للقول المرجوح في عدم الرد ، ولا جرم • صححه تلميذه وصاحب التهذيب كما تقدم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان قلنا : يلزمه الأرض قوم معييا صحيحا ومعيبا مكسورا ، ثم يرجع عليه بما بين القيمتين ، لأنه لما رد انفسخ العقد فيه فصار كالمقبوض بالسوم ، والمقبوض بالسوم مضمون بالقيمة ، فضمن نقصانه بما نقص من القيمة ، ويخالف الأرض مع بقاء العقد لأن المبيع مع بقاء العقد مضمون بالثمن ، فضمن نقصانه بجزء من الثمن) •

(الشرح) اذا قلنا يلزم المشتري الأرض عند رد المكسور كما هو ظاهر نص المختصر على خلاف الذي رجحوه ، فالأرض ههنا هل هو كالأرض المأخوذ من البائع عند بقاء العقد ؟ وقد تقدم أنه جزء من الثمن نسبتة اليه نسبة ما نقص العيب من قيمة السليم الى تمامها أو الأرض هنا مخالف لذلك الذي قاله المصنف هنا أنه مخالف ، وأن الأرض ههنا لا ينسب من الثمن ، بل هو ما نقص من قيمة السليم كما ذكره في الكتاب ، ووافقه على ذلك أكثر الأصحاب المتقدمين والمتأخرين ، ومنهم الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وصاحب التتمة وصاحب التهذيب والرافعي وخلائق لا يحصون ، والظاهر أن ذلك لا اختصاص له بهذه المسألة ، بل بحيث أمرنا المشتري برد الأرض على البائع بعد الفسخ في العيوب الحادثة ، ولذلك قال الروياني فيما اذا تقايلا ثم وجد البائع بالمبيع عيبا حدث عند المشتري • وقلنا بأن الاقالة لا تنفسخ ، وهو الأصح عند الروياني أنه يرجع البائع على المشتري بالأرض قال والأقرب أنه يلزمه نقصان القيمة لأن البيع مرتفع بينهما • وهذا الذي قاله المصنف والأصحاب يطرقه أمران (أحدهما) من جهة البحث (والثاني) من جهة النقل • أما الذي من جهة البحث فقال

مجلى في الذخائر : فيه احتمال ، لأن الفسخ يرفع العقد بعد القبض من حينه ، فقد وجد العيب في يده ، وهو مضمون عليه بالثمن ، فينبغي أن يكون غوات ذلك الجزء مضمونا بجزء من الثمن .

وأما الذي من جهة النقل فقال المصنف في باب اختلاف المتبايعين : أن المشتري إذا قطع يد العبد في يد البائع لم يجز له الفسخ ، فإن اندمل ثم تلف في يد البائع رجع البائع على المشتري بأرث النقص ، فيقوم مع اليد ويقوم بلا يد ثم يرجع بما نقص من الثمن ، ولا يرجع بما نقص من القيمة ، فذلك قال القاضي أبو الطيب في شرح الفروع : أن المشتري إذا وطئ الجارية المبعة البكر في يد البائع ، ثم تلفت قبل القبض أنه يجب أرث البكرة منسوباً من الثمن ، وطرد ذلك فيما إذا قطع يد العبد ثم مات بأفة سماوية قبل القبض أنه يستقر نصف الثمن وقال : إذا قطع المشتري يد العبد أنه يستقر العقد بجملة الثمن ، حتى إذا تلف العبد بعد ذلك لا يرجع المشتري على البائع بشيء .

وفي الحاوي حكاية خلاف في صورة قطع اليد ، في أن البائع يرجع على المشتري عند تلف العبد بالأرث المقدّر كالأجنبي ، أو بما نقص من القيمة لأن الجنائية كانت في ملكه بخلاف الأجنبي . وفي التهذيب هل يستقر على المشتري من الثمن نسبة ما انتقص من القيمة ؟ وهو المذهب في تعليق القاضي حسين . والمجزم به في شرح الفروع للقفال . وقد قدمت ذلك عن القاضي حسين والقفال في وطء البكر . فهذه النقول كلها إلا ما في الحاوي تدل على أن الأرث المأخوذ من المشتري مقدّر من الثمن كالأرث المأخوذ من البائع . وذلك يؤيد ما قاله مجلى .

والجواب : أما ما ذكر من النقل فإن ابن أبي الدم فرق بين مسألتنا هذه . وبين المسألة التي ذكرها المصنف في اختلاف المتبايعين من وجهين (أحدهما) أن المشتري لما رد البيع بالعيب فقد فسخ العقد باختياره ، فارتفع العقد قولاً واحداً وصار كأن العقد لم يوجد ، ولا كأنه التزم ثمنه ، لأن العقد إنما انعقد بينهما على ظن المشتري السلامة التي يقتضيها مطلق العقد ، فإذا بان كونه معيباً صار كأنه أنلفه ، ولم يجز عليه عقد ، فكان الثمن في هذا بعيداً عن العقد ،

فلم ينسب القيمة اليه ، وهذا معنى قول الشيخ فصار كالمقبوض على وجه السوم ، بخلاف مسألة العبد ، فان المشتري هو المفرط بقطع يد العبد وتعييبه ، ولم ينسب البائع فيه الى تقصير في عيب أصلا ، فكأن المشتري رضى بالعقد ، ورضى بالتزام الثمن فيه فيقترب الثمن من العقد ، فاعتبرت القيمة منسوبة الى الثمن .

(الفرق الثاني) أن نسبة يدى العبد كنسبة نفسه على مذهب الشافعى في أن جراح العبد من قيمته ، كجراح الحر من دينه ، فيده كنصف نفسه ، فلو قتل المشتري العبد كان قابضا له قولا واحدا ، فاذا قطع يده فكأنه قبض نصف العبد تقديرا ، فاذا مات بعد الاندمال بيد البائع اعتبرت القيمة منسوبة الى الثمن لقرب العقد من الاستقرار ، وما ذكره القاضى أبو الطيب يقوى ما ذكرناه في الفرق بين المسألتين ، ويفهم منه اختلاف ما بينهما ، وقول الماوردى في الوجه الأول انه يضمنه بالأررش المقرر كالأجنبى ، معناه أنه يضمنه بنصف قيمته تقديرا .

(وقوله) في الوجه الثانى : انه يضمنه بما نقص ، معناه أنه يلحق بغير العبد كالبطيخ وغيره ، وكأن الوجه الأول مبنى على مذهب الشافعى في جراح العبد (والثانى) مبنى على مذهب ابن سريج أنها غير مقدرة . بل الواجب فيها ما نقص من قيمتها كالواجب في غير العبيد ، وذكر الامام في الغصب خلافا في أن المشتري اذا قطع يدى العبد هل يكون قابضا له ؟ ويستقط ضمان العقد في الباقي واستضعف القول بالسقوط ، هذا جواب ابن أبى الدم رحمه الله ، وما لحظه في الفرق الأول من التفريط وعدمه غير متضح ، وما ذكره في الفرق الثانى من قرب الاستقرار أبعد ، لأن المسألة هنا بعد القبض المحقق وقد استقر العقد وكان ينبغى أن ينسب من الثمن .

وقد مال ابن الرفعة الى ما قاله مجلى وأيده باتفاق الأصحاب ، على أن غريم المفلس اذا رجع في العين وقد نقصت في يد المفلس بفعل مضمون يضرب مع الغرماء بقدر أرش النقص من الثمن ، واعتذر عما ذكره الأصحاب على اختلافهم احتمال مجلى بتخصيص ما ذكره بحالة فوات وصف مجرد من المبيع ، ليس بجزء وما ذكر من المسائل المنقولة

مما ذكره المصنف في باب اختلاف المتبايعين وغيره في بعض الأجزاء ،
وهي أقرب الى المقابلة من الصفات المجردة . فذلك جعل مستوفيا لها ،
وحسب بدلها عليه من الثمن بخلاف الصفات ، فان العبد اذا زنى أو سرق
أو أبق لا يمكن أن يجعل المشتري بذلك مستوفيا لصفة السلامة
منه ، حتى يستقر عليه من الثمن بنسبة ما نقص من قيمته ، قال : وهذا
من دقيق الفقه غليظا مل .

(قلت) وهو حسن ان سلم لكن يخدشه أمران (أحدهما) تعليق
المصنف والأصحاب بأنه لما رد انفسخ العقد فيه ، وصار كالمقبوض
بالسوم ، والمقبوض بالسوم مضمون بالقيمة ، وذلك لا فرق فيه بين
الأجزاء والأوصاف ، وكما أنا في الأرض المأخوذ من البائع لا نفرق فيه
بين الأجزاء والأوصاف ، فكذلك هنا ومن يزعم أن الأرض جزء من
الثمن ويأخذه عن الزنا والاباق ونحوه من الأوصاف من البائع منسوبا
من الثمن ، وان كانت ليست بمقابلته الا على وجه التقدير ان صح ،
فكيف لا ينزلها في جانب المشتري كذلك ، وأيضا فانهم أطلقوا هنا
وقد يكون الذاهب جزءا .

(والثاني) أن الغزالي رحمه الله في مسألة الحلى بعد أن حكى قول
ابن سريج والأصحاب قال فتحصلنا على احتمالين في حقيقة كل واحد
من الأرضين أنه غرم ابتداء وفي مقابلة المعقود عليه ، والمشهور ما أشار
اليه ابن سريج فيهما جميعا ، يعنى أنه جزء من الثمن والفائت في
مسألة الحلى بالكسر وصف لا جزء ، فكلام الغزالي هذا وان استشكلنا
به قول ابن الرفعة فانه يشكل أيضا على ما قاله المصنف والأصحاب
هنا من أن الأرض من المشتري لا يثبت من الثمن ، بل من القيمة وذلك
يخالف قول الغزالي : انه جزء من الثمن كالمأخوذ من البائع على أهد
الاحتمالين اللذين ذكرهما ، وقال : انه المشهور .

ولا شك أن المشهور الذي قال به معظم الأصحاب في الأرض
القديم ، فلم لا كان كذلك في الأرض الحادث ؟ اللهم الا أن يقال :
لا يلزم من كونه جزءا من الثمن أن يكون منسوبا منه وهو بعيد ،
لأنه متى لم ينسب منه لا يكون جزءا منه ، فكلام الغزالي في الأرض

الحادث مخالف لما قاله المصنف والأصحاب هنا ، ثم ان للغزالي أن يقول للأصحاب : أنتم منعتم رد الحلى مع أرش الكسر الحادث حذرا من الربا ، وقتلتم : اما أن يرده وحده ويسترجع الثمن ، ثم يغرم أرش الحادث كالمستام ، كما تقدم عن أكثر الأصحاب ، واما أن يغرم قيمته كما قال ابن سريج ، واما أن يأخذ أرش القديم كما قال صاحب التقریب ، ومنعوه أن يضم أرش الحادث إليه في الرد ، كما يفعل في غيره ، فان كان الأرض حيث أخذ من المشتري لا يكون جزءا من الثمن فلا تخصيص لمسألة الحلى ، بل صارت هى وغيرها الأرض الذى يرده المشتري كالأرض الذى يغرمه المستام ، ولا يبقى محذور من جهة الربا فيه .

وان كان الأرض جزءا من الثمن كما اقتضاه كلامهم في مسألة الحلى ، وغروا الى أن جعلوه كالمستام لضرورة غرارا من الربا ، فدل على أنه في غير ذلك الموضع يكون بخلافه ولا يخرج عن كونه منسوبا من الثمن ، وقد تقدم في مسألة الحلى وغيرها أن الامام شبه على الأرض عن الحادث ، كيف يضم الى المبيع المبيع ؟ ويرد الرد عليهما جميعا ، واستشكل ذلك والخلاص عنه بما سبق .

فان صح ما يقوله المصنف والأصحاب هنا من أن أرش الحادث لا ينسب من الثمن خرجت مسألة الحلى في رد الأرض الحادث معها عن الاشكال ، وبين ما قدمناه من الاحتمالات في رد الأرض عن الحادث وأن سبيله سبيل الغرامات لا غير . لكن يبقى عليه ما ذكره مجلى من الاشكال . وعند هذا أقول : ان كلام المصنف والأصحاب هنا لم يريدوا به كل العيوب الحاصلة في يد المشتري كالزنا والسرقة والاباق . فاذا فرض حصولها في يد المشتري منعت الرد . فاذا اتفقا على الرد مع أرشها كان على حسب ما يتفقان عليه وفي تقدير ذلك بحث قدمته عند حدوث العيب وذكرت فيه أربعة احتمالات .

ومراد المصنف هنا والأصحاب بما يحصل بفعل المشتري ككسر البطيخ ونحوه مما هو يتكلم فيه ، فان ذلك مضمون على المستام بما نقص من القيمة ، وكذلك كسر الحلى ، فلذلك يضمه ، وسائر صور

حدوث العيب غير مسألتنا هذه ، ومسألة الحل ، الأمر فيها سهل اذا كانت على حسب التراضى فان المتبايعين على ما شاءا من قليل وكثير .

أما اذا قلنا : المجاب البائع أو المشتري ، ودعى الى الرد مع الأرش ، فيحتاج اليه . وكذلك فى هذه المسألة اذا كان الأمر على ما تقدم عن الراعى ، أما على ما يظهر من عبارة المصنف وأكثر الأصحاب من أنا اذا قلنا بالرد ورد الأرش كان ذلك الى المشتري ، وله الزام البائع به ، وفسخ العقد . فيحتاج الى البيان فيه . ولا جرم لم يذكر المصنف وكثير من الأصحاب الكلام فى ذلك الا فى هذه المسألة وكأنهم رأوا أن المشتري يلزم البائع بالرد ثم يبقى الأرش لازما له فاحتاجوا الى بيانه .

ومسألة الحل أولى بالبيان . لأن الأمر فيها على بيان الالتزام فاذا تقرر فحيث قلنا بالالزام . وكلام المصنف هنا والأصحاب بل الشافعى فى المختصر يقتضى أن ذلك منسوب الى القيمة . وجزم الأصحاب غير مجلى بأنه ليس منسوبا من الثمن وهو مشكل بما قاله مجلى .

وأما كونه يرجع فى الفلاس بجزء من الثمن فيظهر الفرق بينه وبين ما نحن فيه بأن المقصود فى الفلاس وصول البائع الى الثمن فعند التعذر جوز له الرجوع الى عين ماله . فاذا فات منها جزء نسبناه من الثمن . لأنه الأصل المقصود هناك لا مقصود غيره فالفلاس مأخوذ منه بغير اختياره والمشتري هناك مراد اختياره ومقصوده نقض البيع الذى دلس عليه البائع فيه .

(فرع قال ابن الرفعة : على كل حال غاى وقت نعتبر القيمة فيه . فيه وجهان (أصلهما) ما اذا تعيب العين فى يد المستام (أحدهما) وقت حدوث العيب (والثانى) أكثر ما كانت من حين القبض الى حين حدوث العيب . وكذا فيما قد يظن انه يقتضى أن العقد اذا فسخ لا يرتفع من حينه لكنه على الأول يرتفع من حين حدوث العيب . وعلى الثانى يرتفع من حين القبض . وليس كذلك . بل هو مرتفع من حينه ،

ومن ارتفاعه من حينه لا يمكن أن يقال بتقدير جزء من الثمن ، فيتعين الرجوع الى القيمة وأقرب وقت تعتبر فيه عند الأول وقت حدوث العيب ، لأن الواجب أرشه فلذلك اعتبره ، والقائل الآخر يقول : قد انكشف الحال عن ضمان المعيب بالقيمة على المشتري ، وقد ثبتت يده على الفئات من حين القبض الى حين التلف فضمن أكثر القيمة في ذلك .

قال : وعلى الجملة غفى التسوية بين المستام والمشتري في هذا المقام نظر ظاهر مع لحاظ أن العقد لا يرتفع من أصله ، فهذان الوجهان يقربان من الوجهين فيما اذا فسخ العقد بالتخالف ، رقد نقص المبيع في يد المشتري مع لحاظ أن العقد يرتفع من أصله ، والأصح منهما عند الغزالي اعتبار وقت التلف ، وليس الوجهان مثل الوجهين ، لأن الفئات في التخالف جزء مقابل بالثمن كما هو مفروض هناك ، وهنا قد تقرر أن الفئات صفة ، ولكنهما قريبان منهما .

(قلت) وقد قال صاحب التتمة : اذا تحالفا والسلعة هالكة . وقلنا : العقد يرتفع من أصله صار كالمستام (وإن قلنا) من حينه غرم أقل قيمتي يوم العقد والقبض ، والأصحاب أطلقوا أنه يغرم قيمة يوم التلف ، وما قاله ابن الرفعة يشهد لما قاله مجلى أن الأرش المأخوذ من المشتري ينبغي بناؤه على ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن كسر منه قدرا يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه ففيه طريقان (أحدهما) لا يجوز الرد قولاً واحداً لأنه نقص حدث بمعنى لا يحتاج اليه لمعرفة العيب فمنع الرد كقطع الثوب (والثاني) أنه على القولين لأنه يشق التمييز بين القدر الذي يحتاج اليه في معرفة العيب وبين ما زاد عليه فسوى بين القليل والكثير) .

(الشرح) الطريقة الأولى : هي المذهب . كذلك قال الشيخ أبو حامد وغيره وحكاها الماوردي عن أبي حامد المروزي ، وجمهور

أصحابنا . والطريقة الثانية : حكاها أبو اسحاق المروزي عن بعض أصحابنا . فإذا قلنا : بالطريقة الأولى فذلك كسائر العيوب الحادثة كذلك قاله الراغبى أى غيأتى فيه ما تقدم من الخلاف عند التنازع إذا دعى أحدهما الى الأرش القديم والآخر الى خلافه (وان قلنا)
بالثانية فعلى ما تقدم إذا لم يزد فى الكسر حرفا بحرف .

(فروع) إذا عرفت هذا قال أصحابنا : مكسور الجوز ونحوه . ونقب الرانج من صور الحال الأول الذى لا يقف على العيب بدونه ، وكسر الرانج وترصيص بيض النعام من صور الحال الثانى الذى يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه . وكذا تقوير البطيخ الحامض إذا أمكن معرفة حموضته بغرز شئ فيه ، وكذا التقوير الكبير إذا أمكن معرفته بالتقوير الصغير ، والتدويد لا يعرف الا بالتقوير وقد يحتاج الى الشق ليعرف . وقد يستغنى فى معرفة حال البيض بالقلقلة على الكسر . قال القاضى حسين وغيره : والرمز بمطلقه لا يقتضى حلاوة ولا حموضة ، فإذا شرط فيه الحلاوة فبان حامضا بالגרز رد ، وإن بان بالشق فلا .

(فرع) روى أن مولى لعمر بن حريث الصحابى اشترى لعمر بن حريث بيضا من بيض النعام أربعا أو خمسا فلما وضعهن بين يدي عمرو بن حريث كسر واحدة فإذا هى فاسدة ، ثم ثانية ، ثم ثالثة ، حتى تتابع منهن فاسدات ، فطلب الأعرابى يخاصمه الى شريح ، فقال شريح : أما ما كسر فهو ضامن له بالثمن الذى أخذه به وأما ما بقى فأنت يا أعرابى بالخيار أن شئت كسروا فما وجدوا فاسدا رده . وما وجدوه طيبا فهو بالسعر الذى بعثتم به .

وأخذ بعض الناس من هذا أن عمرو بن حريث رضى الله تعالى عنه كان رأيه جواز الرد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان لم يعلم بالعيب حتى هلك المبيع أو اعتقه أو وقفه)

ثبت له أرش العيب لأنه آيس من الرد فثبت له الرجوع بأرش العيب) .

(الشرح) امتناع الرد عند هذه الأمور لعدم امكانه لأن الرد يعتمد مردودا واتفقوا على أنه لا تقام قيمة التالف مقامه ليرد الرد عليها الا ما نقل عن أبي ثور وقد ذكرته عند الكلام في المصراة من نقل الجوزى عنه . لكن ابن المنذر نقل عنه هنا لمذهب الشافعى . وبعضهم زعم أن الرد ورد على خلاف القياس . فيقتصر فيه على مورد النص فالاجماع ، ولم يحصل ذلك عند تلف العين ، وفرقوا بينه وبين التخالف حيث جاز عند هلاك العين بهذا . أو بان لنا في الرد بالعيب طريقا آخر وهو الأرش بخلاف التخالف . وكذلك الفسخ بخيار المجلس أو الشرط عند تلف المبيع في يد المشتري (اذا قلنا) بانتقال الضمان يقبضه في زمان الخيار فانه يجوز كالتخالف والاقالة بعد تلف المبيع جائزة على الأصح (ان قلنا) انها فسخ ، وقيل لا . لعدم الحاجة اليها .

إذا عرف ذلك فالأرش واجب قطعاً بعطتين :

(احدهما) ما ذكره المصنف أنه آيس من الرد ، وهذه مقتضى قول أكثر الأصحاب كما سيبتين لك فيما اذا باعه .

(والثانية) أنه لم تستدرك الظلامة ، وهو مقتضى علة أبي اسحاق في مسألة البيع ، كما سيأتى ان شاء الله تعالى . ولم ينفقوا على أن كل واحدة علة مستقلة لاختلافهم فيما اذا تلف في يد المشتري الثانى كما سيأتى . ولا جزء علة كذلك ، بل الأكثرون يعتبرون اليأس ولا يعتبرون العلة الأخرى ، وأبو اسحاق بالعكس فاذا وجد المعنيان أو انتفيا اتفقوا ، وان وجد أحدهما دون الآخر اختلفوا ، وههنا اجتمع اليأس وعدم استدراك الظلامة ، فاتفقوا على الرجوع بالأرش ، فالمصنف تبع الأكثرين في التعليل ، ولم يعتبر قول أبي اسحاق .

وقد ذكر المصنف ثلاث مسائل مشتركة في الفوات (احداها) في الفوات الحسى (الثانية والثالثة) في الفوات الشرعى . أما الأولى

وهي هلاك المبيع ، فذلك يشمل ما اذا هلك بنفسه ، كموت العبد ، واحتراق الثوب وشبههما ، وهذا لا خلاف فيه .

وممن قال به مالك وأحمد وأبو ثور على ما حكاه ابن المنذر .
وروى ذلك عن الشعبي والزهرى . وحكى الامام قبيل كتاب الرهن فيما اذا قبض المسلم المسلم فيه قال : وذهب المزني الى أن الرجوع بالأرث لا يثبت بعد تلف المقبوض قال ابن الرفعة وهو يجرى هنا بطريق الأول لأن غاية الأمر أن يجعل المعين عما في الذمة كالمعين في العقد .

(قلت) وليس كذلك . وقد كنت استغربت هذا القول عن المزني فتبعت أثره فرأيت في تعليق القاضي حسين قبيل كتاب الرهن أيضا ما يثبته ويبين مأخذه وأنه لا يطرد ههنا ، وذلك أنه قال : اذا أسلم في طعام وقبض بعضه وأتلفه ثم قبض الباقي فاطلع على عيب به وادعى أن المتلف كان به هذا العيب فالقول قول المسلم اليه ، فان نكل حلف المسلم ورجع عليه بالأرث .

قال المزني : وجب أن لا يجوز له الرجوع بالأرث لأنه يؤدي الى أن يأخذ بعض المسلم فيه وبدلا عن الباقي . قلنا : هذا ليس من الاستبدال في شيء ، وانما هو فسخ العقد في البعض ، لأنه كاحتباس جزء ، ألا ترى أنه انما يثبت له حق استرداد ما يقابل العيب من رأس المال لو أسلم في كر حنطة فقبضها وأتلفها . ثم اطلع على عيب قديم بها ينقص عشر قيمتها ، رجع على المسلم اليه بعشر رأس المال ، فكلام القاضي هذا يبين لنا أن مأخذ المزني في ذلك جعله من باب الاستبدال عن المسلم فيه ، والامام أخذ ذلك عن القاضي واختصر وسكت عن مأخذه ، واقتصر على حكاية النقل عن المزني ، في حالة التلف ، فحصل في كلامه اشكال أوجب لابن الرفعة أن نقل ذلك هنا ، وبما ذكره القاضي اندفع ذلك ، ومقتضاه أن المزني يمنع أخذ الأرث عن المسلم فيه مطلقا عند التلف وغيره .

ثم ان القاضي أيضا فرضها في الاتلاف لا في التلف ، فهذا ما يتعلق بهذا القسم الذي يحصل هلاك المبيع بنفسه ، وأما اذا قتل

العبد أو أكل الطعام ونحوه فكذا عندنا ، سواء حصل ذلك بفعل المشتري أو أجنبى .

وقال أبو حنيفة : لا يرجع بالأرث فيهما لأنه فعل مضمون فأنشبه ما اذا باعه أو أمسكه وقاس أصحابنا على الموت والاعتاق ، وأجابوا عن البيع بعدم اليأس . وعن الإمساك بدلالته على الرضا بالعيب . وأما الثانية والثالثة ، وهى ما اذا أعتقه أو وقفه ، فاتفق أصحابنا أيضا على أنه يرجع بالأرث ، ووافقنا مالك وأحمد وأبو ثور والشعبي والزهرى فيما روى عنهما في العتق ، وروى عن شريح والحسن أنهما قالا : اذا أعتقه فقد وجب عليه .

ومحل اتفاق أصحابنا على ما اذا كان العتق بانشاء المشتري ، كما تدل عليه عبارة المصنف ، وكان متبرعا بذلك . وفي معناه انشاء وكيله . أما لو لم يكن بانشاءه ، كمن اشترى من يعتق ثم اطلع على عيب ، أو كان بانشاءه ولكنه كان اشتراه بشرط العتق ثم وجد به عيبا بعد العتق ، فنقل الرافعى عن ابن كج عن أبى الحسين وهو ابن القطان في المسألة الاولى وجهين في شراء القريب (الثانية) أنه لا أرث في مسألة شرط العتق .

قال — يعنى ابن كج — وعندى أن له الأرث في الصورتين ، فعلى هذا يكون قول المصنف أعتقه لأنه الغالب ، أو على سبيل المثال ، وليس المقصود به الاحتراز ، ولا يستثنى من كلامه شيء على رأى ابن كج — وهو الصحيح — وعلى رأى ابن القطان تستثنى مسألة شرط العتق والذي يترجح في مسألة شرط العتق ما قاله ابن كج ، وأما شراء القريب فان كان مع جهل المشتري بالقرابة حين الشراء فكذا ، وبه جزم الامام قبيل كتاب السلم ، وان علم المشتري حالة الشراء أنه قريبه الذى يعتق عليه فقد يقال : انه انما بذل الثمن في مقابلة العتق ، وليس المال مقصودا له ، لكن الأظهر الرجوع بالأرث أيضا لأن المقصود ان كان هو العتق فبذل ذلك الثمن بكماله انما كان في مقابلة ما يظن من البيع ، فاذا مات جزء صار المبيع الذى قصد عتقه مقابلا

لبعض الثمن فيرجع في الباقي . وأطلق الروياني في الحلية أنه لا يجب الأرض في شراء القريب ، قال : لأن المعنى في العاقد لا في العبد .

(قلت) وهذا المعنى لو سلم له يرد عليه في انشاء العتق تبرعا ، وهو يوافق على أخذ الأرض . وقد أورد الأصحاب سؤالا ، وجوابه فيما إذا أعتقه مطلقا وإن كان تبرعا قالوا (فإن قيل) إذا أعتقه فقد حصل له الثواب (فالجواب) أن استدراك الظلامة بالمال دون الثواب على أنه إنما حصل له ثواب عبد معيب وهو دون ثواب السليم ، لقوله صلى الله عليه وسلم لما سأله أبو ذر رضى الله عنه : أى الرقاب أفضل ؟ قال : « أعلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها » رواه البخارى ، فالجزء الفائت بالمعيب لم يتناوله العتق ، ولا حصل له عنه ثواب فيرجع بأرشفه .

(فإن قيل) فيلزمه أن يتصدق به (قلنا) ليس هو بدلا عما وقع عليه العتق ، وإنما هو عن الجزء الفائت . هذا ذكره في العتق المطلق ، وهو يأتي في العتق المشروط . وأما عتق القريب فقد تبين فيه أيضا .

(فرع) يستثنى من إطلاق المصنف ما إذا منع مانع من أخذ الأرض كمسألة الحلى ، كما تقدم عن الأكثرين فيما إذا كان تالفا خلافا للقاضى حسين ، وصاحب التهذيب .

(فرع) استيلاء الجارية مانع من الرد ، وينتقل الى الأرض كما في الثلاثة التى ذكرها المصنف . ورابعها تشترك في عدم إمكان النقل من شخص الى شخص مطلقا ، لكن الأول للهلاك الحسى ، والعتق خارج عن الملك وغير قابل للنقل شرعا ، والمستولدة غير قابلة للنقل ولكنها مملوكة والموقوف على الخلاف في انتقال الملك فهو بين العتق والاستيلاء .

وأما ما لا يمنع النقل من شخص الى شخص مطلقا ، غاما أن يكون مع بقاء ملك المشترى ، أو مع زواله إن كان مع زواله . وسيأتى

في كلام المصنف ان شاء الله تعالى ، وان كان مع مقابله ، فقد تقدم جملة منه عند الكلام في العيب الحادث لأن منها ما هو عيب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان لم يعلم بالعيب حتى أبق العبد لم يطالب بالأرش ، لأنه لم يئاس من الرد فان رجع رده بالعيب وان هلك أخذ عنه الارش) .

(الشرح) اذا أبق العبد في يد المشتري ثم علم عيبه ، فان كان العيب القديم الذي علمه غير الابق كالعرج والعمور وغير ذلك ، ولم يكن قد أبق في يد البائع ، فهنا الابق في يد المشتري عيب حادث مانع من الرد القديم وغير مضمون على البائع ، فله الرجوع بأرش العيب القديم ، لأنه أيس من الرد بحدوث العيب في يده ، ولم تستدرك الظلامة ، فهذا لا خلاف فيه على المشهور ، ويجب تقييد كلام المصنف به .

وممن صرح به الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحامي وغيرهم ، وهو واضح وأغرب صاحب التتمة فقال : الصحيح ليس له الارش ، لأنه يرجي أن يعود الى يده ، ويعرض الرأي على البائع في قبوله على العيب ، واستثنى العجلى وابن الصباغ من قولنا بوجوب الارش ما اذا قال البائع : أنا أرضى به العيب الحادث ، فلو يكون للمشتري المطالبة بالارش وظاهر هذا يقتضى أنه يتعذر على المشتري حينئذ المطالبة الآن لأنه يسقط الارش ، والرد غير ممكن في حال الابق فيصبر حتى يعود فيرد .

لكن فيما قاله العجلى هنا نظر ، والفرق بين طلب^(١) البائع ، الرد هنا وفي غيره من المواضع ظاهر ، لما فيه من ضرر المشتري هنا ، وتأخر استدراك الظلامة مع قيام موجبها ورأيت في الانتصار لابن أبي عصرون أنه ان رضى البائع برده في ابقه سقط حق المشتري

(١) بياض بالأصل محرر ولعل السقط : « قبول » لما يفيدته السياق .
(الطيعي)

من الأرض لتمكنه من الرد فهذا يقتضى أنه يرد فى الأباق ويزول به الاعتراض على العلى وابن الصباغ وان كان العيب الذى اطلع عليه هو الأباق ويزول مثل أن يكون أبق مرة أخرى من يد البائع ، فذلك عيب قديم والأباق فى يد المشتري مسند اليه واذا كان الأباق عادة له لم ينقصه الأباق الحادث لكن المشتري لا يمكنه الرد ما دام أبقا ، ولا يجوز له الرجوع بأرشف العيب لأنه لم يئأس من رده .

قال القاضى أبو الطيب وغيره : وهذا الموضع يدل على صحة هذا التعليل ، يعنى أنه لو كانت العلة فى وجوب الأرض هو أنه لم يستدرك الظلامة كما قال أبو اسحاق لرجع بالأرشف ههنا ، لأنه يستدرك الظلامة ، وهذا الالتزام يدل على أن أبا اسحاق يوافق على أنه لا يرد ولا يرجع بالأرشف ما دام أبقا ، وكذلك قال المحاملى : انه لا خلاف فيه بين أصحابنا ، ولكن صاحب التتمة حكى وجها مقابلا كما تقدم عنه أنه الصحيح عنده بأن له أخذ الأرض ، وعلة بعدم استدراك الظلامة ، وأطلقه فيما اذا اطلع على عيب العبد بعد اباقه من غير تفصيل بين أن يكون العيب القديم أبقا أو غيره ، وان وجد به عيبا قديما غير الأباق وقد كان أبق فى يد البائع لم يكن له أن يرده ما دام أبقا ولا يرجع بالأرشف هكذا أطلق القاضى أبو الطيب وهو يشمل ما اذا كان المشتري قد رضى باباقه ، وهو صحيح فان الأباق الطارىء لا يكون عيبا جديدا ، ولا يمنع من الرد بغيره .

واتفق الجميع على أنه اذا رجع بالعيب وان هلك فى الأباق رجع على البائع بأرشف العيب ، لا يختلف المذهب فى هذا اذا أبق فى يد المشتري ، فان أبق فى يد البائع أو ضاع فى انتهاب العسكر قبل القبض نفى وجه ضعيف أنه ينفسخ العقد كالتلف والصحيح أنه لا ينفسخ لبقاء المالية لكنه عيب مثبت للخيار فيكون للمشتري الرد به ، وإطلاق المصنف يقتضى أنه لا يتمكن من الرد فى مدة الأباق وقد تقدم من ابن الرفعة أن الأباق قبل القبض عذر فى تأخير الرد وأنه لو أسقط حقه منه لأسقط على الصحيح ، وذلك يقتضى جواز الرد فى مدة الأباق وهو صحيح ، فانه لم يدخل بعد فى ضمان المشتري ، ولا ترد هذه

المسألة على المصنف لأنه انما تكلم فيما بعد القبض بدليل حكمه بوجوب الأرش عند الهلاك •

قال الرويانى : فلو قال البائع للمشتري : لا تنسخ فأنا آتيك به فلا خيار له • ولنرجع الى الكلام فى الاباق بعد القبض •

(اعلم) أن الأصحاب أطلقوا ههنا أنه لا يتمكن من الرد فى مدة الاباق فان كان المراد أنه لا يتمكن من الفسخ — وهو الظاهر من كلامهم — فما الدليل على ذلك مع وجود العيب ، وظاهر كلامهم الذى تقدم فى الثوب أنه لا يشترط حضور العين ، وأنه متمكن من التلفظ بالفسخ فى غيبة المشتري والحاكم والشهود ولكن هل يجب عليه ذلك ؟ فيه خلاف ، وان كان يشترط العين للمطالبة بالثمن فلو أن المشتري هنا فى مدة خيار الاباق تلفظ بالفسخ لم ينفذ اذا تلفظ به وحده •

(فان قلت :) هناك له فائدة اذا صدقه الخصم ، وههنا لا فائدة فيه (قلت) فائدته خروجه عن ملكه ويبقى مضمونا عليه ضمان يد لا ضمان عقد ، حتى اذا تلف يضمه بقيمته ، ويسترد الثمن ، وقد يكون الثمن أكثر من القيمة ، فينبغى أن يتمكن من الفسخ أو أن يشهد عليه به ، وأن يرفع ذلك الى الحاكم حتى يثبتته عنده ليطالب بالثمن عند عود العبد ، وان كان المراد أن الاباق عذر فى التأخير لعدم امكان الرد صورة ، فلا عليه فى أن يفسخ عند الحاكم أو الشهود ، ويصير قبض الثمن موقوفا على عود العبد كما لم يجعلوا غيبة العين مع القدرة عليها عذرا ، فما الدليل على جعل الاباق عذرا ؟ والأقرب من حيث البحث أن يتمكن من الفسخ وان تأخر طلب الثمن ، وان كان ذلك بعيدا من عبارتهم •

فان قالوا : لا تمكن المطالبة عند الحاكم بالثمن المقبوض الا مع تسليم المعيب فعند غيبته تتعذر الدعوى ، لأنها لا تبقى ملزمة فنقول فينبغى أن يشهد ، وأيضا فلو كانت العين غائبة فى بلد آخر أو عن مجلس الحكم ليس نوجب عليه المبادرة الى الحاكم بالفسخ قبل أن يردّها ، ومن ننبه عليه فى ذلك أن الاباق اذا تكرر فقد تنقص القيمة

أكثر مما إذا صدر مرة واحدة ، فالعبد الذى أبق فى يد البائع مرة ثم أبق فى يد المشتري يجب أن يكون أباقة الثانى عيبا جديدا إذا كان منقصا من القيمة نقصانا أكثر من الأول ، فلا كان مانعا من الرد .

(فان قيل) بأن الأباق الثانى مسند الى الأول أثبت له عادة (قلنا) يجب أن يخرج على أن العيب الحادث إذا استند الى سبب قديم هل يكون من ضمان البائع ؟ أو من ضمان المشتري ؟ (فان قلنا) بالثانى يمتنع الرد هنا ، ويرجع بأرثس الأول ، وقد فرض القاضى حسين ذلك فيما إذا كان الأباق فى يد المشتري لا يزيد فى نقصان القيمة بأن كان قد تكرر ذلك منه فى يد البائع ، واشتهر به ، يعنى فلا يؤثر تكرار أباقة بعد ذلك ، وهذا يجوز حمل كلام من أطلق عليه ، وفيه عدم ملاحظة كونه من آثار الأباق السابق ، لأن ذلك لا يتحقق (والأولى) بتقية كلام الأصحاب على إطلاقه ، ومستندهم أسناد الثانى الى الأول ، وقلنا : ما أسند الى سبب قديم فهو من ضمان البائع .

(فرع) فى مذاهب العلماء فى هذه المسألة ، إذا أطلع بعد الأباق أن كان أبقا قال مالك : يأخذ المشتري بالثمن ولا يصبره أن لا يجده ، وقال سفيان الثوري : لا يقضى على البائع حتى يموت أو يرده وهذا كقولنا (١) .

واستدل أصحابنا بأنه لا مطالبة له فى حالة الأباق فان الأباق متردد بين البقاء والتلف فان كان باقيا استحق الرد واسترجاع الثمن ، وان كان تلفا استحق أخذ الأرض ، وما جهل استحقاقه لم تصح المطالبة به .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان لم يعلم بالعيب حتى باعه لم يجز له المطالبة بالأرض ، قال أبو اسحاق : العلة فيه أنه استترك الظلامة فغبن كما

(١) بياض بالأصل فحرر ولعل السقط : « التلف من ضمان البائع » ، والله أعلم .

غبين ، فزال عنه ضرر العيب ، وقال أكثر أصحابنا : الملة فيه أنه لم ييأس من الرد لأنه قد يرجع إليه فيرد عليه .

(الشرح) إذا زال ملكه عن المبيع زوالا يمكن عوده . ثم علم بالعيب فلا خلاف أنه لا يرد في الحال . وأما الرجوع بالأرث فان زال بعوض كالبيع كما مثل المصنف فقولان (أشهرهما) وهو الذي قطع به المصنف في هذا الكتاب وشيخه أبو الطيب وشيخه أبو حامد والماوردي والمحاملي وابن الصباغ والجرجاني والشاشي وابن أبي عصرون من العراقيين والقاضي حسين والفوراني والبغوي من الخراسانيين أنه ليس له المطالبة بالأرث ، وبه قال جمهور العلماء ، وهو الذي نص الشافعي عليه في المختصر ، فقال : ولو باعها أو بعضها ثم علم لم يكن له أن يرجع على البائع بشيء ، واختلف أصحابنا في علة هذا القول فقال أبو اسحاق وابن الحداد : لأنه استدرك الظلامة ، وروج كما روج عليه ، وتخلص منه ونسبه ابن الصباغ إلى غيرهما أيضا .

وقال ابن أبي هريرة : لأنه ما أيس من الرد فربما يعود إليه . ويتمكن من رده وهذا أصح المعنيين عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب والمحاملي ، وقال الرافعي : ورأيته منصوصا عليه في اختلاف العراقيين .

(قلت) وهو كذلك في باب الاختلاف في العيب ، قال الشافعي : إذا اشترى الجارية أو الثوب فباع نصفها ثم ظهر منها على عيب لم يكن له أن يرد النصف ، ولا يرجع على البائع بشيء من نقص العيب ، يقال له : ردها أو احبس ، وانما يكون له أن يرجع بنقص العيب إذا ماتت أو اعتقت فصار لا ترد بحال أو حدث عنده بها عيب فصار ليس له أن يردها عليه بحال ، فأما إذا باعها أو باع بعضها فقد يمكن أن يردها فيلزم ذلك البائع لم يكن له أن يردها . ويرجع بنقص العيب كما لا يكون له أن يمسكها بيده ويرجع بنقص العيب انتهى ، وسيأتي من نصه في البويطي ما يشهد لقول أبي اسحاق في المعنى الذي علل به ، واعترضوا على علة أبي اسحاق بأن غير البائع له لا يتخير بعيه لغيره .

(القول الثانى) وهو من ترجيح ابن سريج له الأرض ، وبه قال ابن الحسن وابن أبى ليلى ، وهو الأصح عند المالكية ، وهذا القول حكاه المصنف فى التنبيه فقال : وقيل يرجع ، وليس بشئ ، وهذه التضعيف تقتضى أنه وجه ، فإن عنده أن الأقوال المخرجة لا تنسب الى الشافعى ، وهذا مخرج خرجه ابن سريج . والناقلون له قليل ، منهم الامام كما سنحكيه عنه ، والغزالى^(١) وحكى ابن داود أن صاحب التقريب حكاه عن أصحابنا وقال الرافعى : فى رواية البويطى ما يقتضيه : قال ابن الرفعة : وهو صحيح اذ فى مختصره اذا اشترى الرجل العبد فباع نصفه ثم أصاب عيبا فليس له أن يرجع بما نقص العيب ، الا أن يرده جميعا وقد قيل : يخير البائع فاذا أراد أن يأخذ النصف الذى فى يديه فيكون شريكا له به للمشتري ممن اشترى منه فذاك ، والا رجع عليه بقيمة العيب ، وهو أحب الى انتهى .

(قلت) وقد رأيت النص المذكور فى مختصر البويطى فى باب المتاع يشتري فيوجد به العيب ، ورأيت فيه أيضا قبل ذلك فى باب القراض ، واذا اشترى الرجل سلعة وقبضها فأشرك فيها رجلا فان أصاب بها عيبا فأراد أحدهما الرد ولم يرد الآخر لم يجب ذلك على البائع لأنه باع عبده مجموعا ، فليس له أن يبعضه عليه ، ويكون للشريك الرد على الذى أشركه ، فاذا رد عليه فله أن يرده ، وان أبى الشريك أن يرده فله أن يرجع على البائع بنصف قيمة العيب . وقيل : لا يرجع بشئ انتهى .

وهذا النص يقتضى أنه لا يرجع عند بيع الجميع ، لأنه حكم عند امتناع الشريك من الرد بنصف الأرض بأنه لا يرجع بشئ على القول الآخر ، فلو كان عند بيع الجميع ثبت له الأرض كاملا ، لكان ههنا أولى ، فلما لم يحكم الا بمقدار ما بقى فى يده دل على أنه لا أرض للخارج عن يده . وهذا النص ذكره ابن سريج مع نصه الذى فى مختصر المزنى لاختلافهما فيما اذا باع بعض العين ، وتحصلنا

للشافعي فيما اذا باع نصف العين على قولين (أحدهما) أنه يطلب
بنصف الأرض (والثاني) لا يطلب بشيء .

وأما النص الآخر الذي تقدم عن البويطي ففيه قولان أيضا
(أحدهما) أنه لا يرجع بشيء كالقول الذي هنا (والثاني) فيه احتمال ،
وهو قوله : رجع عليه بقيمة العيب ، وهو أحب الى ، يحتمل أن
يريد بقيمة العيب في النصف الباقي في يده ، فيكون موافقا للنص
الآخر الذي في البويطي ، وحيث لا يدل على أنه اذا باع الجميع
يرجع بالأرض ، بل يدل على أنه لا يرجع . ويؤيد هذا أنه اذا قال :
اذا أراد البائع أن يأخذه ويكون شريكا للمشتري فذاك . وظاهر ذلك أنه
يأخذه بنصف الثمن وأنه لا يعطى أرضا عن النصف المبيع ، فهذان
الأمران يدلان على تأويل نصه في البويطي على هذا ، جمعا بين
الكلامين ، فلا يكون فيه ما يقتضى القول الذي خرجه ابن سريج
كما للرافعي وابن الرفعة . بل يكون فيه النص الآخر شاهدا على أحد
القولين المذكورين فيه لما قاله أبو اسحاق من التعليل باستدراك
الظلمة ، ولهذا أوجب أرض النصف فقط .

ولو كان اليأس هو العلة لما وجب شيء لامكان الرد ، أو لوجب
الجميع ان كان هذا الامكان غير معين لبعده ، على أن النص الذي
في البويطي في باب المتاع يسيرا فيؤخذ به العيب هو منقول من اختلاف
العراقيين ، والموجود فيه في الأم من قول الشافعي وأبى حنيفة أنه
لا يرجع بشيء ، ومن قول ابن أبي ليلى : أنه يرد بما يده على البائع
بقدر ثمنه ، فان كان قوله في البويطي : وقيل يجبر البائع . المراد
به قول ابن أبي ليلى ، فلم يبق في النص متمسك للتخريج ولا لاثباته
قولا للشافعي ، ولا أعلم من عادة البويطي فعل مثل ذلك في النقل
عن العلماء الذين ينقل عنهم الشافعي ، أو أنه لابد من أن يصرح
بأسمائهم ، وبالجمله فقد تقدم تأويله وثبوت الخلاف في النصف ،
تحقق بالنص الثاني مع ما في مختصر المزني .

أما في الكل فالمنصوص عليه أنه لا يرجع بالأرض ، وفيه الوجه
المنقول عن ابن سريج وعن حكاية صاحب التقريب . ولا أدري بماذا

خرجه ابن سريج . وقد رأيت في البويطى ما يمكن أن يكون سنداً للرافعى قبل باب الشركة . قال من كلام الشافعى : وإن اشترى سلعة وبها عيب ثم حدث عنده عيب آخر لم يرد عليه أبداً ويرجع بقيمة العيب من قبل أنه لا يقدر أن يرد مثل ما أخذ أبداً لما حدث عنده ، فإن اشترى [سلعة] وبها عيب ثم حدث عنده عيب آخر ، ثم صح العيب الذى حدث عنده فله أن يرده . وقال أبو يعقوب وهو البويطى — أن باعه فكذلك يقتضى أن البيع كحدوث عيب ، فياخذ الأرض ، وهذا ظاهره وهو يقتضى الوجه الذى خرجه ابن سريج ، كما قال الرافعى .

لكن هل ذلك من كلام البويطى نفسه أو عن الشافعى ؟ فيه نظر . والظاهر الأول والامام حكاة عن حكاية صاحب التقريب قولاً ، لكن فيما إذا رضى المشتري الثانى بالعيب وقال ان القياس الرجوع ، واقتضى كلامه أننا إذا قلنا بعدم الرجوع إذا رضى المشتري الثانى فقبل اطلاعه ورضاه أولى ، وإن قلنا بالرجوع إذا رضى فقبل اطلاعه وجهان ، كما إذا زال بالهبة ، وأولى بعدم الرجوع لأن رد المشتري الثانى بالعيب على المشتري الأول ممكن ظاهر الامكان ، يطرد على نظم المعاملة ، وإذا كان الرد أمكن كان الرجوع بالأرث أبعد ، والقياس عند الامام فيما إذا زال بالهبة أنه يرجع بالأرث ، ونسبه الى مذهب طوائف من المحققين وبما ذكرناه ظهر لك أنه ينبغى أن يقال فى المسألة طريقتان :

(أحدهما) القطع بعدم الرجوع بالأرث كما هو مقتضى النص وقول الأكثرين (والثانية) حكاية الخلاف ، ثم هو على الترتيب المتقدم ، وقد قال الغزالى : انه إذا اطلع على العيب بعد أخذ الشفيع فلا رد ولا أرث ، لأنه روج على غيره . وذلك يقتضى أن نقول بمثله فى البيع ، كما قال الأكثرون والنص ، ولكنه هنا خالف وقال : ان الأصح وجوبه ، وما قاله فى الشفعة أولى لما اختلفت للأكثرين .

(فائدة) قال الغزالى والامام قبله : ان الخلاف المذكور فى الرجوع بالأرث يقرب من القولين فى أن شهود الزور إذا شهدوا على انسان بمال ورجعوا بعد الحكم هل يغرمون ؟ على قولين ولا خلاف ، لكنهم يغرمون فى العتق والطلاق لأنه لا مستدرك لهما ، والحيلولة فى

المال ممكنة الزوال بأن يعترف المشهود له يعنى وامتناع الرد هنا ممكن الزوال بعود الملك ، فيكون كالشهادة في الأول ، والامام خرج بالبناء عليه ، والصحيح أن الشهود يغرمون ، ومقتضى ذلك أن الأصح وجوب الأرض كما صححه الغزالي هنا . وقال الامام في الصورة المتقدمة انه القياس ، لكن الأكثرون والنص وتصحيح الغزالي في الشفعة على خلافه .

(فرع) على تخريج ابن سريج : اذا أخذ الأرض ثم رد عليه مشترية بالعيب فهل يرده مع الأرض ويسترد الثمن ؟ فيه وجهان .

(فائدة) اذا عرفت ذلك فقول المصنف لم يجز له المطالبة بالأرض يشمل ما اذا اطلع المشتري الثاني على العيب ورضى به ، وما اذا لم يطلع وهو الأظهر في الصورتين ، الموافق لمقتضى النص ، وفي كل منهما الخلاف ، لكن بالترتيب على ما اقتضاه كلام الامام غنى الثانية أبعد لقرب الامكان .

وينبغي أن يقال في الترتيب هكذا : انا ان علنا باستدراك الظلامة فلا يرجع بالأرض بعد بيعه الا بأن يرد عليه ، وان علنا باليأس واليأس الحقيقي لم يحصل في الصورتين ، لكن حالة رضا المشتري الثاني قريبة من اليأس ، ليعود العود مع أنه ان عاد يعود بملك جديد ، فجرى فيها الخلاف ، وقيل الاطلاع ليس العود بعيدا ، ويتوقع على قرب أن يعود بالرد بالملك الأول فكان الخلاف فيها أقوى ، والقياس في حالة رضا الثاني أو يرجع الأول بالأرض ، لأنه لا يلزم من تبرع الثاني سقوط حق الأول .

ومقتضى النص وقول الأكثرين عدم الرجوع في الصورتين ، وانا لا نقول بسقوط حق الأول ، ولكن يترقب عوده اليه فيرده أو خواته بالكلية فيأخذ الأرض . وقال الماوردي : انه اذا رضى الثاني بالعيب استقر سقوط الأرض والرد ، وهذا الذي قاله انما يتجه على قول أبي اسحاق أو يؤول على أنه يستقر سقوطه ما دام زائلا عنه . وقد خرج من كلام المصنف ما اذا باعه بعد العلم بالعيب فانه يبطل حقه ،

لان ذلك رضا بالعيب • وألهم آخر كلام المصنف أن غرض المسألة ما دام المبيع زائلا عن ملك المشتري ، وهو باق في ملك المشتري بحالة يمكن عوده ، فلو فقد شيء من هذه الأمور ، فسيأتى في كلام المصنف أن شاء الله تعالى •

وفهم من كلامه أيضا أن اطلاع على العيب وسكوته عليه وهو في ملك المشتري الثانى لا يبطل حقه ، حتى لو كان باعه بشرط الخيار وعلم العيب في زمان الخيار فلم يفسخ حتى فسخ المشتري أو رده بالعيب له رده على الأول ، وبترك الفسخ لا يبطل حقه من الرد قاله صاحب التهذيب (قلت) وفيه نظر إذا كان في زمان الخيار للبائع أو لهما ، فإنه متمكن من الرد ولا سيما إذا قلنا بأن الملك له •

(فرع) اشترى ثوبا فقطعه أو صبغه ثم باعه ثم علم بعيبه ، فلا يرجع بأرش العيب ، لأنه استدرك الظلامة ولم يباس من الرد ، لأنه أن قبله البائع مع القطع أو الصبغ أعطاه قيمته • قاله القاضى أبو الطيب وغيره عن ابن سريج •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان رد المشتري الثانى بالعيب على المشتري الأول رده على تبايع لانه أمكنه الرد ولم يستدرك الظلامة) •

(الشرح) هذا لا خلاف فيه ، وهو معلل عند الأكثرين بالمعنى الأول • وعند أبى إسحاق الثانى ، واتفق الأصحاب أنه لا يلفى الى زوال الملك وعوده ههنا وسببه أن الرد ينقض الجهة المتجددة ويرد الملك الذى كان ثابتا قبلها ، فليس ملكا جديدا وسبب الاختلاف في الرد بعد زوال الملك وعوده في الصورة التى سنذكرها عن يقول بالمأخذ المذكور أنه يعتقد العائد ملكا جديدا ، وليس الرد كذلك • وعن أبى حنيفة أنه ان رده بقضاء القاضى ارتفع العقد من أصله ، وللمشتري الرد على الأول ، وان لم يرد بالتراضى ارتفع في الحال ، فلم يكن له الرد • قال الفورانى : وعندنا كيفما كان يرتفع العقد من أصله •

(قلت) وهذه العبارة بظاهرها منكراً على الصحيح من المذهب ، ولكن بطريق الجواب أن يقال (وان قلنا) بأن العقد يرتفع من حينه فالحائذ هو الملك الأول المستفاد من ذلك الشراء ، لأن الشراء الثانى انتقض . والرد فسخ لا سبب جديد للملك آخر .

وقد خالفنا أبو حنيفة وقال : اذا رده المشتري الثانى بالعيب لا يرده الأول بعد القبض ، الا أن يرد بحكم الحاكم ، وذلك على ما تقدم من أصله ، وهو يجعل الرد بدون الحكم كالأقالة .

(فرع) ليس للمشتري الثانى رده على البائع الأول ، لأنه ما تلقى الملك عنه ، هكذا أطلق البغوى والرافعى وهو الصحيح . وفيه وجه آخر أنه اذا غاب البائع الثانى أو مات وكان الثمن من جنس الثمن الأول أن له الرد على البائع الأول ، لأن مال الغائب راجع اليه ، ولو كان حاضرا ورد عليه فالظاهر من حاله أنه يرد عليه أيضا . حكاه صاحب التتمة وقال صحيح .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان حدث عند الثانى عيب فرجع على الأول بالأرث رجع هو على بائعه لأنه آيس من الرد ولم يستدرك الظلامة) .

(الشرح) جماعة من الأصحاب أطلقوا هكذا كما أطلقه المصنف أنه اذا رجع المشتري الثانى على الأول بالأرث رجع الأول على بائعه لأنه آيس من الرد ، أى بحدوث العيب ، وبأنه لم يستدرك الظلامة لأخذ الأرث منه ، وممن جزم بذلك كما جزم المصنف الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى . وقال ان ذلك على التعليلين معا ، وأما الرافعى رحمه الله فإنه قال على القول المشهور المخالف لتخريج ابن سريج : انه اذا حدث عيب فى يد المشتري الثانى ثم ظهر عيب قديم ينظر ان قبله المشتري الأول مع العيب الحادث خير بائعه فان قبله فذاك ، والا أخذ الأرث منه .

وعن أبى الحسين — وهو ابن القطان — أنه لا يأخذه ، واستردأه رضا بالعيب .

وان لم يقبله وعزم الأرض للناسى غفى رجوعه بالأرض على بائعه
 وجهان (أحدهما) لا يرجع به ، قال ابن الحداد : وهو الذى قاله
 الفورانى والماوردى ، لأنه لو قبله وما قبله منه بائعه فكان متبرعا
 بعزمه الأرض (وأظهرهما) يرجع لأنه ربما لا يقبله بائعه فيتضرر
 من المسيح أبو على : ويمكن بناء الوجهين على ما سبق من المعنيين أن
 سنا بعنه أبى اسحاق وإذا عزم الأرض زال استدراك الظلامة فيرجع ،
 وإن سنا بعنه الآخرين وابن أبى هريره فلا يرجع ، لأنه ربما يرتفع
 الشك في استدراك فيعود اليه •

قال أنسج أبو على : وعلى الوجهين لا يرجع ما لم يعزم
 للناسى ، قاله ربنا : يناسبه بشيء هيئى مستدرجا للظلامه ، وهذا
 ما ذكره الراعى رحمه الله ، وأصل الترتيب فى تعليقه القاضي حسين
 والشهيد وسج القاضي بمواشقه ابن الحداد فى عدم الرجوع ، والبقيه
 من زيادات الراعى رضى الله عنه ، وأورد ابن الرغبه على بناء الشيخ
 أبى على أنه لو كان حدث لقال ابن الحداد بالناسى وهو قد قال بالاول
 خامس النخريج •

قال الراعى : أنه على قول ابن سريج الذى خرج للمشتري الاول
 أخذ الأرض من بائعه ، كما لو لم يكن يحدث عيب ، ولا يخفى الحكم بينه
 وبين المشتري الثانى • انتهى •

(وأقول) يعون الله تعالى : ما ذكره الراعى والبغوى من الترتيب
 مبنى على ما تقدم عنهما فى أن الواجب عند حدوث العيب عرض الراى
 على البائع ، فإن قبله والا انتقل الى الأرض فالحق لا يثبت للمشتري
 فى الأرض حتى يمتنع البائع من قبوله ، فلا جرم سلك هذا الترتيب
 هنا وحسن جريان الخلاف إذا لم يقبله وقول ابن الحداد بعدم الرجوع
 وتعليقه بأنه متبرع بعزمه الأرض ، ولا يناق هذا قوله بأن العنه
 عدم استدراك الظلامة لأنه إذا جعله بعزمه الأرض متبرعا كما صرح
 به الراعى عنه ، فاستدراك الظلامة باق لا يرتفع بتبرعه •

وأما القون بالرجوع المقابل لقول ابن الحداد فى جعله متبرعا وإن

وأفقه في أصل العلة ، وأما على القول بأن العلة في الرجوع اليأس — فإن كان المراد اليأس من الرد على سبيل الالتزام — فإن اليأس هنا غير موجود ، لما قاله الشيخ أبو علي من إمكان ارتفاع الحادث ، وعوده إليه ، فيمكن من رده بالالتزام حينئذ وربما يعود إليه مع العيب الحادث ورضا البائع بقبوله ، فيتمكن المشتري من الرد على سبيل المراضاة ، وهو الذي وجب له ابتداء على رأي الرافعي ، فإمكان الزام الرد موجود إن كان هذا الامكان معتبرا لاحتمال ارتفاع الحادث وعوده ، وإمكان الرد بالتراضي موجود باحتمال عوده ، فلم جعل الرافعي هنا الأصح أنه يرجع بالأرث ؟ وسكت عن قول الشيخ أبي علي ، ثم قوله عن الشيخ أبي علي : أنه على الوجهين لا يرجع ما لم يغرم للثاني هذا إنما يظهر على التعليل باستدراك الظلامة .

أما إذا عللنا باليأس فليس لقربته للثاني أثر ، فإن إمكان الرد بالتراضي لا ينقطع بها وإمكان الرد بالالتزام مع العيب الحادث ليس ممكنا قبلها ، وعلى تقدير ارتفاع العيب الحادث يمكن قبلها وبعدها فلا معنى لتقييد ذلك على اعتبار اليأس بالقربة بل ينبغي أن كان له الرجوع رجوع مطلقا ، وإن لم يكن له الرجوع لم يرجع مطلقا وقد صحح أنه له الرجوع فلا يرجع ، وإن لم يغرم علم اعتبار اليأس وكلام الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب في تعليلهما يقتضي باطلاته أنه إذا حصل به نقص عند الثاني فلاول الرجوع بالأرث على اعتبار اليأس وهذا مما يدل على أن الوجهين المذكورين عن ابن الحداد وغيره مفرعان على قولنا : أن العلة استدراك الظلامة وعلى ذلك يصح قول الشيخ أبي علي : أنه على الوجهين لا يرجع ما لم يغرم ، أي على هذين الوجهين المفرعين على الوجه الضعيف ، لكن الذي ذكره أولا من البناء مشكل .

وظاهر كلام الشيخ أبي علي أن الصحيح عنده امتناع الرجوع إن كان يوافق الأكثرين على التعليل باليأس ، وهو مخالف لما قاله المصنف وغيره من العراقيين والذي قالوه هو الصحيح بناء على ما قدمته عن الأصحاب أن الواجب عند حدوث العيب هو الأرث ابتداء ، فإنه يقتضي وجوب الأرث هنا مطلقا غرم أو لم يغرم ، وأما على ما تقدم

عن الراغبي وصاحب التهذيب أن الواجب الرد إلا أن يمتنع البائع
فينتقل إلى الأرض فيظهر أنه لا يرجع مطلقا ، غرم أو لم يغرم حتى
يحصل اليأس •

واعلم أن تعليل المصنف والأصحاب الذين ذكرتهم موافقين له في
هذه المسألة باليأس يبين لنا أن المراد اليأس عن الرد على سبيل الإلزام ،
وأن توقع زوال العيب الحادث غير معتبر •

(فرع) هذا الذي ذكرناه كله ما دام المبيع باقيا ، أما لو تلف
بعد حدوث العيب أو دونه فأخذ الثاني الأرض من الأول رجع الأول على
بائعه بلا خلاف •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان تلف في يد الثاني وقلنا بتعليل أبي إسحاق لم
يرجع لأنه استدرك الظلامة وان قلنا بتعليل غيره رجع بالأرض
لأنه قد أيس من الرد) •

(الشرح) إذا تلف في يد المشتري الثاني أو كان عبدا فأعتقه ،
أو أمة فاستولدها ، أو وقف المبيع ، فقد حصل اليأس من الرد ،
فيرجع على الأصح ، وعلى تعليل أبي إسحاق لا يرجع ، لأنه بالبيع
استدرك الظلامة ، والتخريج على المعنيين المذكورين واضح ، وممن
صرح بالمسألة كذلك الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب ، وصورة
المسألة إذا تلف في يد الثاني من غير حدوث عيب ، أو مع حدوثه ،
ولكن لم يغرم المشتري الأول الأرض للمشتري الثاني ، أما لأنه أبراه
من الأرض ، أو لم يبرئه ، ولكن لم يغرم بعد ، وقد صرح الراغبي
بالمسألتين الأخيرتين وقال : ان عللنا باستدراك الظلامة فلا يرجع ما لم
يغرم ، وان عللنا باليأس يرجع ، أما إذا غرم الأرض للمشتري الثاني
فان المشتري الأول يرجع بالأرض على بائعه بلا خلاف لوجود اليأس
وعدم استدراك الظلامة • صرح به القاضي حسين والراغبي •

(وان رجع المبيع اليه ببيع أو هبة أو بارث لم يرد على تعليل أبى اسحاق لأنه استدرك الظلامة ، وعلى تعليل غيره يرد لأنه أمكنه الرد) •

(الشرح) طريقة العراقيين والجمهور البناء في هذه المسائل وأخواتها على المعنيين المذكورين كما بناه المصنف ، ومن جملة أمثلة ذلك أن يرجع اليه بالاقالة أو الوصية ، ويقتضى البناء المذكور أن الأصح أن له أن يرد ، وهو كذلك ، ولأجل ذلك جزم به في التنبيه ، ويزداد في حالة رجوعه بالمبيع نظر آخر وهو أنه ان لم يكن علم بالعيب قبل شرائه ثم علم به بعد الشراء الثانى فله الرد قطعاً ولكن الخلاف فيمن يرد عليه ، فعلى قول أبى اسحاق لا يرد على الأول ، بل على الثانى فقط ، وعلى الأصح له الرد عليهما ، ان شاء رد على الأول ، وان شاء رد على الثانى ، واذا رد على الثانى فله رده عليه ، وحينئذ يرده هو على الأول •

وقيل : لا يرده على الثانى لأن فيه تطويلاً ، بل يرد على الأول ، كذا حكاه وقيل لا يرد على الأول بل يرد على الثانى لأنه الأقرب ، والرد عليه ممكن بخلاف ما اذا رجع بالهبة ونحوها ، حكاه الامام ، وان كان المشتري الأول حين الشراء من الثانى عالماً بالعيب لم يكن له أن يرد على الثانى ، ورده على الأول يبنى على المعنيين ، والصحيح الرد •

وقال القاضى حسين : ليس له الرد ، لأنه باقدامه على الشراء مع العلم بالعيب صار راضياً به ، وقد تقدم عنه ما يشبه ذلك ، والذي قاله هو القفال على ما نقله الرويانى • وقال : انه الصحيح وان سائر الأصحاب لم يفصلوا هذا التفصيل •

وأما الاقالة فقال القاضى أبو الطيب وابن الصباغ : انها تقبل الفسخ • واختار الرويانى والرافعى بناءها على أنها بيع أو فسخ (فان قلنا) انها بيع أو قلنا بما اختاره القاضى أبو الطيب من جواز

ففسخها احتمل أن يأتي فيها على الأوجه الثلاثة (وان قلنا) فسوخ ولا يقبل
الفسوخ لم يتجه ذلك فيه •

وأما بقية طرق العود من الهبة ونحوها فلا تأتي فيها هذه الأوجه ،
بل تتخرج على المعنيين فقط ولا أظن يأتي فيها قول المتأخر في حالة
العلم أيضا لعدم العوض وقد سلك الامام والغزالي في بناء المسائل
المذكورة غير الذي سلكه المصنف والجمهور فجعلنا مأخذ الخلاف في
ذلك أن الزائل العائد بجهة أخرى هل هو كالذي لم يزل أو كالذي لم
يعد ؟ وفيه جوابان مأخوذان كما يدل عليه كلام الشيخ أبي محمد
في السلسلة في باب التفليس من قولين منصوصين للشافعي إذا قال
لعبده : إذا جاء رأس الشهر فأنت حر ، ثم باعه ، ثم اشتراه ، ثم
جاء رأس الشهر فغفى العتق قولان ، وهما يشبهان الخلاف أيضا فيما
إذا علق طلاق زوجته بصفة ، ثم أبانها ، ثم جدد نكاحها ، ثم وجدت
الصفة ، وهذا أصل تخرج عليه مسائل •

(منها) لو أفلس بالثمن وزال ملكه عن المبيع وعاد هل للبائع
الفسوخ ؟ (ومنها) لو وهب لولده وزال ملك الولد وعاد للأب الرجوع
(ومنها) إذا زال ملك المرأة عن الصداق ، ثم عاد إليها وطلقها زوجها
قبل الدخول ؟ •

(ومنها) في هذا الباب إذا زال الثمن عن ملك البائع وعاد ، ثم
رد المشتري المبيع بعيب ، فهل يتعين لحق المشتري ؟ فيه طريقتان
(أحدهما) تخريجه على الخلاف (والثانية) القطع بأنه كالذي لم يزل ،
لأنه ليس مقصودا بالرد ، والصحيح من ذلك كله في هذه المسائل
أنه كالذي لم يزل إلا الهبة ، فالصحيح فيها أنه كالذي لم يعد •

(واعلم) أن طريقة المصنف والجمهور في البناء لا اشكال فيها ،
وطريقة الامام المذكورة يحتاج فيها الى الفرق بين هذه الأبواب ،
ثم المسائل المذكورة أعني في عود المبيع بالمبيع والهبة والارث والاقالة
ليست على وتيرة واحدة ، فان الهبة والمبيع ملك جديد قطعا ، والارث
— وان كان جديدا — لكنه اذا جعلنا الوارث يبنى على حول الموروث كان

ذلك هو الملك الأول ، والاقالة فسخ ، فالعائد بها هو الملك الأول ،
وكان ينبغي أن لا يجرى الخلاف فيها كما لو رجع بالرد بالعيب .

وقد اعتذر بعضهم عن هذا بأنها وإن كانت فسفا فهي تشبهه
بالتبع لأجل التراضى . ولهذا يرد على طريقة القاضى أبى الطيب
وهو اعتذار حسن إن سلم به ما قاله القاضى أبو الطيب ، وقد تقدم
أن الرويانى اختار خلافه ، وبناها على أنها فسخ أو بيع ، وطريقة
المصنف والجمهور سائلة عن الاعتراض أو تكون المسائل كلها فى درجة
واحدة لا ترتيب فيها .

نعم الاقالة لابد من الاعتذار المذكور فيها ليفرق بينها وبين الرد
بالعيب عند الجميع ، ثم إن القاعدة المذكورة التى بنى الامام عليها
لم يلاحظوها فى كل مكان ، ألا ترى أنه لو باع النصاب فى أثناء الحول ،
ثم استرده بسبب جديد ، لم يقل أحد بأنه كالذى لم يزل حتى تجب
الزكاة فى ذلك الحول وغير ذلك من المسائل فما الضابط فى جريان
الخلاف المذكور ؟ وما الداعى الى أن يجعله كالذى لم يزل ؟ أو كالذى لم
يعد ؟ ونحن نقطع بأنه زال وعاد ، فلا جرم كانت طريقة الجمهور
أقوم وأدخل فى المعنى ، ويحتمل أن يكون البناء الذى ذكره الامام
مختصا بالتفريق على اعتبار اليأس ، أى أن قلنا العلة استدراك
الظلامة لم يرد ، وإن قلنا العلة اليأس تبنى على الزائل العائد ، وعلى
الجملة الصحيح جواز الرد ، وخالف الغزالى فى الخلاصة فجعل الصحيح
المنع .

(فرع) اعلم بأننا إذا قلنا : الزائل العائد كالذى لم يعد كما
صححه الغزالى لم يبق لنا بعد بيع المشتري الأول طريق يتوقع بها
العود والرد ، إلا أن يرد المشتري الثانى فإن فرض اطلاعه على ذلك
العيب ورضاه أنسد طريق الرد ، وحينئذ يتعين وجوب الأرض عند
القائلين باعتبار اليأس كما قال الغزالى ، لكنه عمم مع رضا الثانى
ودونه . وكلا الأمرين ضعيف ، لأننا نمنع أن الزائل العائد كالذى لم
يعد . وأما الماوردى رحمه الله فإنه قال : إذا رضى البائع بالعيب
يستقر سقوط الأرض والرد ، وهذا إنما يستقيم على قول أبى إسحاق :
أما على الصحيح فلا يستقيم سقوط الرد ، وعلى رأى الامام والغزالى

لا يستقيم سقوط الأرض ، وقد ذكرت ذلك عن المسوردي فيما مضى
وذكرت له تأويلا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان لم يعلم بالصيب حتى وهبه من غيره ، فان كان بموضع
فهو كالبيع وقد بيناه) .

(الشرح) هذا بين لا اشكال فيه ، الا أن الهبة بعوض بيع ،
وحينئذ تأتي فيها الأقسام والأحكام المذكورة كلها . وقول المصنف :
وهبه من غيره . قال النووي رحمه الله في تهذيب اللغات : وأما قول
الغزالي وغيره في كتب الفقه : وهبت من فلان كذا فهو مما ينكر على
الفقهاء لادخالهم لفظة من ، وإنما الجيد : وهبت زيدا مالا ، وهبت
له مالا . قال : وجوابه أن ادخال (من) هنا صحيح ، وهي زيادة ،
وزيادتها في الواجب جائزة عند الكوفيين من النحويين ، وعند الأخفش
من البصريين ، وقد روينا أحاديث منها وهبت منه كذا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وهبه بغير عوض لم يرجع بالأرض لأنه لم يياس من
الرد) .

(الشرح) هذا هو الصحيح تفريعا على أن المعتبر اليأس ، أما
إذا عللنا باستدراك الظلامة فيرجع بالأرض لأنه لم يستدرك ، ومنهم
من حكى القطع هنا بعدم الرجوع إذا أريد أن العلة هي اليأس لاستدراك
الظلامة ، وهذه الطريقة هي التي يشعر بها إيراد المصنف ، وبين ذلك
أن القاضي أبا الطيب جزم بعدم الرجوع ، وعمله بعدم اليأس كما
فعل المصنف . ثم قال : والتعليل الذي ذكره أبو اسحاق وهو استدراك
الظلامة غير موجود ههنا ، وإذا كان كذلك دل على أن هذا التعليل هو
الصحيح دون ما قاله أبو اسحاق . وكذلك الشيخ أبو حامد قال قوم^(١)
من هذا الكلام . والرواياني صرح في البحر بأن أبا اسحاق وافقنا على

(١) بكسر الواو مع التشديد .

عدم الأرض هنا ، واستدل بذلك على بطلان علة ، لكن المحاملى صرح بأنه على تعليل أبى اسحاق له الأرض لأنه لم يستدرك الظلامة ، والماوردى أيضا صرح بالوجهين على مقتضى التعليلين • وحكى الرويانى ذلك عن بعض الأصحاب •

وهذه الطريقة أقوم الا أن يكون أبو اسحاق صرح (١) النقل عنه بذلك فيلزمه • وهاتان الطريقتان على القول المشهور أنه اذا باع لا يرجع بالأرض ، أما على ما خرجه ابن سريج من أنه يرجع فيرجع وهنا أيضا • كذلك صرح به الرافعى •

(تنبيه) الهبة قد يسمى فيها عوض ، ولا شك أن حكمها حكم البيع كما تقدم والهبة التى لا يسمى فيها عوض لنا في اقتضاءها الثواب قولان •

(فان قلنا) لا تقتضى الثواب اتجه ما قاله المصنف ، والتفريع المذكور من الأصحاب (وان قلنا) تقتضى الثواب ههنا بمنزلة البيع • كذلك قاله القاضى أبو الطيب والمحاملى والماوردى خرجوا ذلك على الخلاف المذكور ، ولم يقولوا كما قال المصنف : اما أن تكون بعوض أو لا • والشيخ أبو حامد فعل كما فعله المصنف ، فلك في كلام المصنف طريقتان • اما أن تقول : انا اذا قلنا باقتضاء الهبة المطلقة الثواب صارت بعوض ، فدخلت في قوله الأول : أن الهبة بعوض ولم تدخل في قوله ههنا بغير عوض ، واما أن تقول : ان قوله ههنا مفرع على المذهب في عدم اقتضاء الهبة الثواب •

(فرع) قال صاحب التهذيب : قال بعض أصحابنا : لو كان وهبه من ابنه فلا يرجع ، لأنه يمكنه أن يرجع في الهبة ثم يرد كما لو لم يخرج عن ملكه ، قال : والصحيح أنه خارج عن ملكه (قلت) يعنى أن بعض أصحابنا أشار الى أنه لا يرجع بالأرض قولاً واحداً ولا يخرج على المعنيين ، والصحيح أنه يخرج عليهما فلا يرجع على الصحيح ، ويرجع على قول أبى اسحاق ، وسنزيد لك أن للقطع

(١) بفتح الصاد وضم الراء وفتح الحاء •

في هذه المسألة مأخذاً آخر ، ويصلح ذلك أن يكون جواباً لأبى اسحاق عن اعتراض الأصحاب عائد بهذه المسألة ، لكن في صورة واحدة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان رجع اليه ببيع أو هبة أو ارث فله الرد بلا خلاف ، لأنه أمكنه الرد ولم يستدرك الظلامة) •

(الشرح) اذا وهبه بلا عوض ثم رجع اليه فالمصنف قد تبع القاضي أبا الطيب فيما قاله جميعه من التمثيل ، وبقي الخلاف والتعليل • والشيخ أبو حامد قال : ان رجع اليه بأن يكون قد وهبه لابنه ورجع فيه ، كان له الرد • والامام حكى فيما اذا عاد بالهبة أو بجهة لا رد فيها وجهين (أحدهما) له الرد لأنه يرد ما ملك كما ملك (والثاني) لا • لأن الرد نقص للملك المستفاد من جهة ، وهذان الوجهان مأخذهما ما تقدم عنه من البناء على الدليل العائد ، والعراقيون والجمهور لم يلاحظوه كما تقدم ، وأطلق الراغبي الوجهين فيما اذا عاد لا بعوض وبناهما على أنه هل يأخذ الأرض ؟ اذ لم يعد (ان قلنا) لا ، فله الرد ، لأن ذلك لتوقع العود (وان قلنا) يأخذ فينحصر الحق فيه ، أو يعود الى الرد عند القدرة • فيه وجهان (قلت) والقول بانحصر حقه فيه بعيد ، ومع بعده انما يمكن القول به اذا كان قد علم بالعيب ، أما اذا لم يعلم حتى عاد فيصير كما لو لم يعلم بالعيب الحادث حتى زال القديم ، وحكمه الرد الا على وجه شاذ ، وههنا أولى بأن لا يجري ذلك الوجه •

وأما اذا عاد بعوض كالشراء قال الراغبي (فان قلنا) لا رد في الحالة الأولى فكذلك ههنا • ويرد على البائع الأخير (وان قلنا) يرد فههنا يرد على الأول والأخير أو يتخير ، فيه ثلاثة أوجه خارجة مما سبق (قلت) وهذا البناء والترتيب جيد ، والصحيح أن له الرد كما قال المصنف ، لكن مع حكاية الخلاف في المسائل الثلاث التي ذكرها • وفي معناها الوصية والاقالة كما تقدم •

وأما اذا عاد بالرجوع في هبة الوالد لولده فلم أرها مصرحاً بها

الا في كلام الشيخ أبى حامد ، ويحتمل أن يقال : انه لا يجرى
الخلاف فيها ، لأن الرجوع في الهبة بقبض لها كالرد بالعيب ، والعائد
هو المالك ، فلا يتأتى تحريجه على الزائل العائد ، كما لم يخرج
عليه عند رجوعه بالرد بالعيب ، ويكون ههنا له الرد قولاً واحداً .

ويحتمل أن يجرى فيها الخلاف أيضاً كما يقتضيه اطلاق الامام
والرافعي أشدّ مما ذكره الرافعي من انحصار حقه فيه . وقد تقدّم
النبية على ضعفه ، وقد اشتهى على بعضهم كلام المصنف هنا فظن
أن الرجوع بعد البيع . واعترض عليه قولاً وتعليلاً ، ولا حاجة الى
نقل كلامه ، وانما ذكرته لئلا يشتبه على غيره ، كما اشتهى عليه ،
والرجوع بعد البيع ذكره المصنف فيما تقدّم ، وقد تكمل شرح مسائل
الكتاب ، وبقيت فروع نذكرها ان شاء الله تعالى .

(فرع) باع زيد عمراً شيئاً ثم اشتراه منه وظهر فيه عيب
كان في يد زيد فان كانا عالمين بالحال فلا رد ، وان كان زيد عالماً
فلا رد له ولا أرش . وأما عمرو فلا رد له أيضاً لزوال ملكه ولا أرش
له على الصحيح المخالف لتخريج ابن سريج لاستدراك الظلامة ولتوقع
العود ، فان تلف في يد زيد أخذ الأرض على التعليل الثاني دون
الأول . وهكذا الحكم لو باعه زيد لغيره ، وان كان عمرو عالماً فلا رد
نه ولزيد الرد . وان كانا جاهلين فلزيد الرد ان كان اشتراه بغير جنس
ما باعه أو بأكثر منه . ثم لعمرو أن يرد عليه ، وان اشتراه بمثله فلا رد
لزيد في أحد الوجهين ، لأن عمراً يرد عليه ، فلا فائدة وله الرد في
أصحهما ، لأنه ربما يرضى به فلا يرد .

فلو تلفت في يد زيد ثم عرف به عيباً قديماً بحيث يرد لو بقي
يرجع بالأرش وحيث لا يرجع . وعلى هذين الوجهين لو اشترى شيئاً
وباعه من غيره ثم اشتراه ثانياً واطلع على عيب قديم ولم يكن اطلع
البائع الثاني عليه ، فعلى أى البائعين يرد ؟ على الوجهين (أحدهما)
على الأول لأنه لا فائدة في الرد على الثاني ورده (والثاني) على
الثاني لأنه ربما يرضى به ، وربما يكون بين الثمنين تفاوت . قاله
المتولى وغيره وعن أبى الطيب في شرح الفروع حكاية وجه أنه لا يرد

بالعيب أصلاً ، لأنه لو رده لرده عليه ، ولا يكون له معنى . هكذا قاله صاحب العدة وفيه نظر . بل هذا تعليل من يقول : لا يرد على الثانى . وأما الرد على الأول فمأمون منه الرد . فليتأمل ذلك .

وفى المسألة الأولى لو حدث به عيب فى يد زيد فرجع بالأرشف على عمرو كان لعمرو أيضاً أن يرجع بالأرشف عليه ، والفائدة فيه أنه قد يكون أحد الثمنين أكثر من الآخر فيستفيد فرق ما بين الثمنين : وفى باب الأرشف كذلك لأنه بحصته من الثمن يرجع . قاله الشيخ أبو حامد . ولو اشترى شيئاً وباعه من غيره وغاب البائع الثانى أو مات ثم وجد المشتري الثانى عيباً كان فى يد البائع الأول . فإن كان الثمن لا من جنس الثمن الأول فليس له الرد . وكذا ان كان من جنسه على المذهب وفيه وجه قاله صاحب التتمة .

(فرع) لو تلف فى يد الموهوب له فلمشتري الواهب الرجوع بالأرشف قولاً واحداً . قاله القاضى حسين .

(فرع) هذه الأحكام المتقدمة فى كلام المصنف فيما اذا خرج المبيع كله عن ملك المشتري أما اذا خرج بعضه فقد تقدم أن الشافعى فى مختصر الزمنى ساوى بينه وبين خروج الكل وأن فى مختصر البويطى قولين فى بيع نصف العين لواحد (أحدهما) يرجع بنصف الأرشف للباقي فى يده (والثانى) لا يرجع بشئ . ويجىء فيه القول الذى خرج ابن سريج أنه يرجع بجميع الأرشف . والأول أصح عند صاحب التهذيب . وشبهه بحدوث العيب فى يده لا ينتظر زواله . وظاهر نصه فى المختصر وكلام كثير من الأصحاب يشهد للثانى . وهو الصحيح الذى صرح به كثيرون . وهو يقتضى التعليل باليأس .

وأما على التعليل باستدراك الظلامة فينبغى أن يرجع بأرشف النصف الباقي فى يده . وأما الوجه الثالث فضعيف فى الأصل . وهو هنا أضعف . وهذا كله على المشهور الذى قطع به الأكثرون أنه لا يرد النصف الذى فى يده . وقد تقدم عن الماوردى فى ذلك خلاف ضعيف ، فيتحصل فى هذا الفرع بذلك أربعة أوجه (وإذا قلنا) يرد النصف على ما ذكره

المساوردي يعود الخلاف في النصف الخارج عن ملكه ، هل يأخذ أرشه على قول ابن سريج أو على المذهب ؟ ولو باع نصف ما اشتراه من البائع فكذاك ليس له الرد عليه ، وإذا كان نقصان الشركة يرتفع بالرد لأن وقت الرد يردده على الوجه الذي يملك به •

قال صاحب التتمة : وقال صاحب التهذيب انه الصحيح • ونظره صاحب التتمة بالجارية إذا زوجها من البائع وقد تقدم ذلك • وهل له أخذ الأرش للنصف الباقي ؟ على القولين فيما لو باع نصفه من غير بائه ، ولو أن المشتري النصف أعتقه ثم ظهر عيب قديم رجع المشتري الأول على بائه بأرش النصف الذي في يده موسرا كان المعتق أو معسرا ، لأنه يقوم على المعتق عند الشراء به ناقصا والنصف الذي باعه أن رجع مشتريه عليه بأرشه ، رجع هو أيضا على بائه والا فوجهان • قاله في التهذيب ، يعني على علة أبي اسحاق لا يرجع • وعلى المذهب يرجع ، ولو قاسم المشتري فقد تقدم ذلك عند الكلام فيما إذا اشترى اثنان عينا عن القاضي حسين •

والذي قاله صاحب التتمة هنا أنه (ان قلنا) القسمة افراز فله الرد (وان قلنا) بيع فلا ، قال : لأنه ان أراد الرد ففسخ قسمه فيرد عليه غير ملكه ، وان أراد فسخ القسمة ثم يرد لم يجز ، لأنه تملك المعيب مع العلم بالعيب •

(قلت) وهذا نظير قول القاضي حسين هناك ، والمفهوم من كلام الأصحاب أن ذلك غير مانع ، لأن له الرد إذا رجع إليه بعد العيب والهبة ، وان كان بطريقته هو راض بها ، وهو الأصح ، هذا إذا كانت العين واحدة باع بعضها ، فلو اشترى عينين فباع أحدهما ووجد بها العيب أو بالباقية ، وقلنا لا يجوز أفراد أحد العينين بالرد ، جزم جماعة منهم الشيخ أبو حامد بأنه ليس له الرد أيضا ولا أرش لعدم اليأس ، وينبغي على علة أبي اسحاق أن يرجع من الأرش بقدر ما يخص الباقي ، وهو مقتضى تفريع المساوردي ، فان تلفت العين في يد المشتري الثاني غنى رد الباقي في يده القولان في نظيره إذا كان التلف في يده ، وأن العيب بالذي باعه فقط لم يرجع بالأرش لاستدراك الظلامة وللتوقع •

(فرع) لو لم يخرج المبيع عن الملك ، ولكن تعلق به حق كرهن أو كتابه وغير ذلك فقد تقدم حكمه ، وجملة من مسأله فيما اذا حصل في المبيع نقص .

(فرع) لو كان المبيع باقيا بحاله في يد المشتري وملكه والتمن تالف جاز الرد اذا اطلع على عيب في المبيع ، ويأخذ مثل الثمن ان كان مثليا ، وقيمنه ان كان متقوما أقل ما كانت من يوم البيع الى يوم القبض ، لأنها ان كانت يوم العقد أقل فالزائد حدث في ملك البائع ، وأن كانت يوم القبض أقل فالنقصان من ضمان المشتري . قال الرافعي : ويشبه أن يجيء فيه الخلاف المذكور في اعتبار الأرش .

(قلت) وصرح البغوي والرافعي هنا بأنه من يوم العقد الى يوم القبض ، كعبارة النووي في المنهاج هناك ، وقد تقدم التنبيه على أن عبارة غيره . بخلافها ، فاما أن تكونا سواء كما قال النووي . واما أن يفرق ، ويجوز الاستبدال عنه بالعرض ، وخروجه عن ملكه بالمبيع ونحوها كالتلف ، ولو خرج وعاد فهل يتعين لأحد ؟ المشتري أو البائع ابداله ؟ .

قال الرافعي : فيه وجهان (أحدهما) أولهما وقال الامام : منهم من خرج استرداده على الوجهين ، يعني في الزائل العائد ، ومنهم من قطع بأنه يسترد ، والشارق عند هذا القائل أن المسترد ليس مقصودا ، فلا يشترط فيه ما شرط في المردود والمقصود .

(قلت) وهذا كله في الثمن المعين في العقد ، واذا كان باقيا أخذه بلا خلاف وأما اذا كان في الذمة ونقده ، ففي تعيينه لأخذ المشتري وجهان ، لم يصحح الرافعي منهما شيئا . وذكر في الرجوع بالأرش في نظيرها ما يقتضي أن الأصح التعين ، وقد تعرضت له هناك . ولم يفرقوا ههنا بين أن يكون التعين في المجلس أو في غيره .

وقد يقال : ان المعين في المجلس أولى بالتعيين من المقبوض بعده ، لأن المعين في المجلس كالمعين في العقد على الأصح المذكور في السلم ،

وكيفما كان ، فالأصح الثمين ، لأنه يرد المبيع غيرتفع ملك البائع عن الثمن ، فلا وجه لتجويز إبداله . هذا إذا كان الثمن نقدا أو موصوفا فعييه . أما إذا أخذ عنه عوضا كقوت ونحوه فسيأتى . ولو أبرأ البائع المشتري من بعض الثمن ، ثم رد المبيع بعيب ، فإن كان الإبراء بمعد التفرق رجع بتمام الثمن .

قال الرويانى : وفيه قول يرجع بما أدى كالزوجة إذا أبرأت من الصداق قبل الطلاق وإن كان الإبراء قبل التفرق فذلك لاحق بالمبيع على المذهب فلا يرجع إلا بما بقى ، ولو أبرأه من جميع الثمن جزم القاضى حسين بجواز الرد للتخلص عند حفظ المبيع ، وقياس من يقول : يرجع بتمام الثمن عند الإبراء عن البعض أن يقول : يرجع بالثمن هنا ولو وهب البائع المشتري الثمن فقيل : يمتنع الرد بالعيب ، وقيل : برد ولا يطالب ببديل الثمن .

وإن كان الثمن باقيا فى يد البائع لكن ناقصا نظرا أن تلف بعضه أخذ الباقي وبديل التالف وإن رجع النقصان إلى الصفة كالشلل ونحوه لم يغرم الأرض فى أصح الوجهين ، كما لو زاد زيادة متصلة يأخذها مجانا . هكذا قال البغوى والرافعى وقد قدمت المسألة فى فرع فيما إذا رد المبيع وهو ناقص ، والمنقول فيه عن ابن سريج أنه يتخير بين أخذه ناقصا وقيمته ، وعن غيره الرجوع بالأرث وإطلاق الرافعى هنا ليس على ظاهره ، بل يجب تأويله على أنه لا يغرم الأرث ويتخير البائع كما يقول ابن سريج ، وقد نقل النووى هذا الفرع عن القفال والمصيدلانى مع كلام الرافعى .

(فرع) الثمن المعين إذا خرج معيبا يرد بالعيب كالمبيع ، وإن لم يكن معينا وكان فى عقد لا يشترط فيه التقابض فى المجلس يستبدل ، ولا يفسخ العقد ، قال المتولى والرافعى : سواء أخرج معيبا بخشونة أو سواد ، أو ظهر أن سكتته مخالفة لسكة النقد الذى تناوله العقد ، أو خرج نحاسا أو رصاصا .

(قلت) : وهذا فى غير المعين صحيح ، وأما المعين إذا خرج نحاسا

أو رصاصا وكان قد اشترى به على أنه دراهم فإنه يبطل العقد على الأصح كما تقدم في باب الربا وسيأتى أن شاء الله تعالى في كلام المصنف في الفصل الذى بعد هذا بفصل ، وقد تقدم في باب الربا جملة من أحكام العيب في عوض الصرف •

(فرع) باع عبدا بألف وأخذ بالألف ثوبا ثم وجد المشتري بالعبد عيبا ورده فعن القاضى أبى الطيب أنه يرجع بالثوب ، لأنه انما ملكه بالثمن واذا فسخ البيع سقط الثمن عن ذمة المشتري فينفسخ بيع الثوب به •

وقال الأكثرون منهم الماوردى : يرجع بالألف لأن الثوب مملوك بعقد آخر وفي المجرى من تعليق أبى حامد أن الشافعى قاله نصا • ولو ظهر العيب بالثوب رد ورجع بالألف لا بالعبد ، ولو مات العبد قبل القبض وانفسخ البيع فعن ابن سريج أنه يرجع بالألف دون الثوب ، لأن الانفساخ بالتلف يقطع العقد ويرفعه من أصله ، وهو الأصح ، وفيه وجه آخر •

(فرع) اختلفا في الثمن بعد رد المبيع ، فعن ابن أبى هريرة قال : أعيتنى هذه المسألة ، والأولى أن يتخالطا وتبقى السلعة في يد المشتري ، وله الأرش على البائع من القدر المتفق عليه • قال أبو اسحاق : وحكى أبو محمد الفارسى عن أبى اسحاق أن القول قول البائع لأنه الغارم ، كما لو اختلفا في الثمن بعد الاقالة قال الراغى : وهذا هو الصحيح •

(فرع) لو احتيج الى الرجوع بالأرش فاختلغا في الثمن ، فعن رواية القاضى ابن كج فيه قولان • الأظهر أن القول قول البائع ، قاله الراغى •

(فرع) من زيادات النووى في الروضة اشترى سلعة بألف في الذمة فقتضاه عنه أجنبى متبرعا فرد السلعة بعيب لزم البائع رد الألف وعلى من يرد ؟ وجهان (أحدهما) على الأجنبى لأنه الدافع (والثانى) على

المشتري لأنه تقدر دخوله في ملكه ، فإذا رجع المبيع رد إليه ما قابله •
وبهذا الوجه قطع صاحب المعايضة ذكره في باب الرهن •

(قلت) وذكر الروياني في البحر الوجهين (وقال) ان الأصح الثاني • قال : ولو خرجت السلعة مستحقه رد الالف على الأجنبى قطعاً لأنه تعين أن لا ثمن ولا بيع إلا اذا لم يعلم بالعيب حتى وجبت فيه الزكاة ، فمن ابن الحداد له الرد ، وعن أبى على لا ، لنقصانه بالشركة على قول أو الرهن على قول ، وأما بعد اخراج الزكاة فإن أخرجها من غيره وقلنا : التعليق بللزمة ، فله الرد • وان قلنا بالشركة ، فقليل : كالرجوع بعد البيع ، وقيل : بالرد قطعاً ، لعدم استدراك الظلامة واذا حرج من الحال ولم نجوز تفريق الصفقة امتنع الرد ووجب الأرض عند من يعتبر اليأس وهو الأصح ، وان جوزنا التفريق رد بقسطه ، وقيل : يرد الباقي وقيمة التالف ، ولو اشترى عبيدين في صفقتين أحدهما بعشرة ، والاخر بخمسة ثم رد أحدهما بعيب ثم اختلفا • فقال المشتري : رددت الذى بعشرة فالقول قول البائع لأن الأصل براءة الذمة ، ولو اشترى ثوباً من رجل ثم ثوباً من آخر ووجد بأحدهما عيباً ولم يدر أن المعيب من أيهما اشتراه ، فلا رد له على واحد منهما ، قالهما القاضى حسين فى الفتاوى •

(فرع) اتفق الشافعى وأكثر العلماء على أن المشتري اذا رد المبيع بعيب وكان الثمن باقياً أنه يأخذه ، واذا كان تالفاً أخذ قيمة الثمن على ما تقدم ، لا فرق بين الحيوان والعروض وغيرهما •

وقال ابن أبى ليلى : اذا اشترى جارية بعبد ثم وجد بالجارية عيباً فردّها ، فإن ما له قيمة الجارية ، ولا يأخذ العبد ، وكذلك نقلوه عنه فى الجارية بالجارية ولا أدرى أيطرد فى بقية الحيوان والعروض أم لا ؟

قال المصنف رحمه الله تعالى

(والعيب الذى يرد به المبيع ما يعده الناس عيباً ، فان خفى منه شيء رجع فيه الى أهل الخبرة بذلك الجنس) •

(التفريع ١) لما قدمت احكام الغيب احتاج الى تعريفه ، فعلمد
 من الحسن من وبيان ما هو عيب وما ليس بعيب ، ولما كانت الامثلة
 من محضر علم حيلها الصابط هيها ، وما دخره من الصابط مسديد ،
 من المدرس في ما العرب ، ونود ذلك واقتضى التعرف سائرهم المبيع
 حتى جعل ذلك مسرودا ما ثبت الرد ، فذلك جعل صابطه راجعا الى
 العرف ، فما عده الناس واهل العرف عيبا كان عيبا ، وما لا فلا ،
 ومن الاحالة حتى العرف قد يقع فيها في بعض الاوقات الباس ، فاجل
 ذلك صبطه غير المصنف بصايت ابين ، واحسن تىء شيه ما اشار له
 الامام رحمه الله ، ونخصه الراعى انه يقال : ما ثبت الرد بكل ما في
 المعهود عليه من منقص القيمة او العين نقصا ما ، يفوت به عرض
 صحيح بشرط ان يكون في امثال ذلك المبيع عدمه .

واخسر من ذلك ان يقال : ما نقص القيمة او العين نقصا يفوت
 به عرض صحيح ، ويغلب على امثاله عدمه ، وبعضهم قال : ما نقص
 القيمة او العين من الخلقة التامة . قال الراعى : فانما اعتبرنا نقصان
 العين بمسألة الحصى ، يعنى فانها يرد به ، وان لم ينقص القيمة ،
 لكنه نقص العين ، وانما لم يكنف بنقص العين واشترط فوات عرض
 صحيح ، لأنه لو قطع من فخذة أو ساقه قطعه يسيرة لا تورث شيئا
 ولا يموت عرض لا يثبت الرد قال : ولهذا قال صاحب التقريب : ان
 قطع من اذن الشاة ما يمنع التضحية ثبت الرد ، والا فلا ، وفيه احتراز
 أيضا عما اذا وجد العبد والجارية مختونين ، فانها فوات جزء من أصل
 الخلقة لكن فواته مقصود دون بقائه فلا رد به اذا كان قد اندمل .
 وانما اشترط أن يكون الغالب على أمثاله عدمه . لأن البقاء به مثلا
 في الاماء ينقص القيمة لكن لا رد بها لأنه ليس الغالب فيهن عدم الثيابة
 اذا كانت الأمة كبيرة في سن لا يغلب فيه ذلك .

وأما الذى زاد من الخلقة التامة فاحتراز عما اذا نقص زائد من
 أصل الخلقة كالاصبع ونحوها ، بأن قطعها البائع ولم يبق تسين ثم
 باعها . فلا يثبت بزوالها رد . هكذا قاله صاحب التتمة . وهذا فيه
 نظر . فان القاضي أبا الطيب قال في ذلك : اذا حدث في يد المشتري وجب
 أن يمنع من الرد في يد عندي ، وتابعه على ذلك ابن الصباغ . فان كان

ذلك عيبا مانعا من الرد — كما قاله أبو الطيب — وجب أن يوجب الرد إذا حصل في يد البائع وأن لم يكن عيبا موجبا للرد كما قال صاحب التتمة وجب أن لا يمنع إذا حدث في يد المشتري لا يمنع الرد • فطرد قاعدته وجل ما لا يثبت بفواته في يد البائع خيار لا يمنع الرد إذا حدث عند المشتري فحصل الخلاف بين أبي الطيب والمتولي في امتناع الرد بحدوثه •

وأما ثبوت الرد بوجوده في يد البائع فيمكن أن يكون أبو الطيب يقول به ، ويجعله عيبا ويطرد قاعدته ، وحينئذ يحصل الخلاف بينهما في المسألتين ، ويمكن أن يقال : أن زوال الاصبع الزائدة ونحوها وأن لم يكن عيبا ، إلا أن ذلك الزائد إذا كان موجودا عند العقد استحققه المشتري ، وصار جزءا من المبيع المقابل بالثمن ، فلو رده المشتري بدونه لرد المبيع ناقصا عما ورد العقد عليه ، فذلك قال القاضي أبو الطيب : أنه يمنع الرد لا بسبب أن ذلك عيب ، نعم إذا حصل زوال هذه الاصبع الزائدة ونحوها في يد البائع بعد البيع وقبل القبض مساق هذا البحث أن يثبت للمشتري الرد لزوال بعض ما شمله العقد ، وأن لم يكن عيبا • ألا ترى أنه تقدم لنا أن من اشترى عبدا كاتباً غنسي الكتابة قبل القبض أنه يثبت الخيار لفوات ما كان موجودا عند العقد وأن لم يكن عيبا • بل فوات كمال • وهذا ان لم يكن كاملا فقد تعلق به غرض وقد صار مستحقا بالعقد •

لكنه تقدم عن صاحب التهذيب أنه قال بعدم ثبوت الخيار في حصول ذلك قبل القبض ، وهو الذي يشعر به كلام صاحب التتمة الذي حكاه الآن • وهو مخالف لما قلته من البحث • ولما قاله القاضي أبو الطيب ولصاحب التهذيب وصاحب التتمة أن يقولوا : أن ذلك الزائد وأن كان شمله العقد إلا أنه لا غرض فيه • فزواله مع البرء لا يحصل به نقص يفوت به غرض صحيح بخلاف فوات الكتابة بالنسيان ، وعلى هذا يكون كل ما أثبت الرد على البائع منع الرد من المشتري • وإن أبقينا كلام أبي الطيب على حاله وطردناه فيما قبل القبض فذلك يستمر هذا الضابط •

وإن جمعنا بين ما قاله أبو الطيب بعد القبض وما قاله صاحب التهذيب قبله كما تقدمت الإشارة إليه في موانع الرد غيفصل في فوات هذه الزيادة في يد البائع بين أن تكون بعد البيع فيثبت الخيار أو قبله . إذا لم يبق بسببها نقص . ويكون كل ما يوجب الرد إذا كان البيع يمنع الرد إذا حصل عند المشتري ولا ينعكس ، فكل ما يوجب الرد إذا حدث بعد البيع وقبل القبض يمنع الرد إذا حدث في يد المشتري وبالعكس ، وكل عيب مثبت للرد وليس كل مثبت للرد عيبا ، كما مثلناه في فوات صفة الكمال قبل القبض ، فليس عيبا داخلا تحت هذا الضابط إلا أنه باستحقاقه بالعقد صار فواته عيبا .

وأصل هذا الضابط الذي ذكره الرافعي وأشار إليه الامام للقاضي حسين ، فإنه قال : الحد فيه أن كل معنى ينقص العين بأصل الخلقة أو القيمة أو يفوت غرضا مقصودا شرطه ، أو فوات بتدليس من جهة البائع يثبت الخيار . وما خرج من هذه الجملة فلا يثبت الخيار ، وقصد القاضي بهذا حد كل ما يثبت الرد من الأسباب الثلاثة المذكورة في هذا الباب التصرية والعيب والخلف ، والضابط الذي تقدم كفاية . وبه تعرف ما يرد على حد القاضي .

وقال الغزالي : العيب كل وصف مضموم اقتضى العرف سلامة المبيع عنه غالبا وقد يكون ذلك نقصان وصف أو زيادته ، وقد يكون نقصان عين كالخصي أو زيادتها كالأصبع انزائدة والخصي ، فإن زادت قيمته ولكن ما كان منه مقصودا تتعلق به مالية ، وإنما الزيادة بالجب لغرض آخر حصل به ، فلم ينقل عن نقصان وأشار الغزالي بهذا إلى أن نقصان القيمة حاصل من وجه كونه يضعف البنية ، ولكنه انجبر بزيادتها من جهة الرغبة في دخوله علم الحريم عند من يجوزه فكان كذلك لعبد كانت زادت قيمته بسبب الكتابة ، ونقصت بسبب العيب دون ما زادت ؟ تلك الزيادة لا تخرجه عن كونه عيبا .

وفي هذا الكلام محاولة أن المعتبر نقصان القيمة . ولذلك قال الشافعي رضي الله عنه في باب العيب في الرهن : والعيب الذي يكون به الخيار كل ما نقص ثمنه من شيء — قل أو كثر — حتى الأثر الذي

لا يضر بعمله ، والفعل • فهذا النص شاهد لاعتبار القيمة ، ومراد الشافعى - والله أعلم بالثمن - القيمة •

وقال قبل ذلك بأربعة أسطر : إذا كان بالرهن عيب فى بدنه أو عيب فى فعله ينقص ثمنه وعلم المرتهن العيب قبل الارتهان به فلا خيار له ، والرهن والبيع ثابتان • وهذا النص مثل الأول •

وقول المصنف : والعيب الذى يرد به المبيع • قد يقول قائل لو قال : الذى يرد به - كما قال فى التتمة - لشمّل المبيع والثمن •

(والجواب) عن هذا أن الثمن إذا كان معيبا فحكمه حكم المبيع ، لا شك أنه هنا إنما يقصد تعريف العيب فى المنع وما فى حكمه ، فسواء أذكره أم تركه المراد معلوم ، ولنا عيوب أخرى فى غير المبيع مفسرة بغير هذا التفسير • وقال النووى رحمه الله فى تهذيب اللغات : العيب ستة أقسام : عيب فى المبيع ، وفى رقبة الكفارة ، والغرة ، وفى الأضحية والهدى والعقيقة • وفى أحد الزوجين ، وفى الإجارة • وحدودها مختلفة ، فالعيب المؤثر فى المبيع الذى يثبت بسببه الخيار هو ما نقصت المالية أو الرغبة به أو العين ، والعيب فى الكفارة ما أضر بالحمل أضرارا بينا • والعيب فى الأضحية والهدى والعقيقة ما نقص به اللحم ، والعيب فى النكاح ما ينفر عن الوطء ويكسر سورة (١) التوافق ، والعيب فى الإجارة ما يؤثر فى المنفعة تأثيرا يظهر به تفاوت الأجرة لا ما يظهر به تفاوت قيمة الرقبة ، لأن العقد على المنفعة ، فهذا تقريب ضبطها ، وهى مذكورة فى هذه الكتب بحقائقها وفروعها وعيب الغرة فى الجنين كالبيع • هذا كلام النووى رحمه الله •

(قلت) والعيب فى الزكاة كالبيع على الأصح • وقيل كالأضحية ، وفى الصداق إذا طلق قبل الدخول ، النظر فيه الى ما يفوت به غرض صحيح ولا نظر الى القيمة ولا نقصان العين ، ولذلك يقول : الحمل فى البهائم فى البيع زيادة ليس بعيب ، وفى الصداق زيادة ونقص يمنع من الرجوع القهرى ، فجملة أنواع العيب ستة وأن تكثرت أبوابها ،

(١) بفتح السين وتسكين الراء وفتح التاء المربوطة .

والموهوب بعوض حكمه حكم المبيع ، وقال أبو ثور : لا يرد بالعيب ولا يرجع بشيء ، وهو بعيد .

(فرع) قد تبين لك زوال الصفة الكاملة بعد البيع وقبل القبض يثبت الخيار وذلك غير داخل في الضابط المذكور ، والاعتذار عن ذلك بأن يفوت الخيار لا لكونه عيبا ، بل لفوات بعض المستحق ، كما تقدمت الإشارة إليه ، والله أعلم . وقول المصنف : يرجع فيه إلى أهل الخبرة بذلك الجنس ، قال صاحب التهذيب : إن قال واحد من أهل العلم به أنه عيب ثبت الرد به ، وكذلك يقتضيه كلام صاحب العدة . وأعتبر صاحب التتمة شهادة اثنين : ولو اختلفا في بعض الصفات هل هو عيب ؟ وليس هناك من يرجع إليه فالقول قول البائع مع يمينه .

(فائدة) الرجوع في العيب إلى العرف له نظائر في الفقه ، منها طول المجلس المانع من البناء على الصلاة ، وكثير النجاسة المجاوز لحد العفو . وقدر الصفة في الاناء والتفرق القاطع للخيار والقبض والحرز والاحياء ، ومواضع كثيرة الحكم فيها بحال على العرف ، أما قطعا ، أو على خلاف . وقد اشتهر على السنة الفقهاء أن ما ليس له حد في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف ، وليس هذا مخالفا لما يقوله الأصوليون من أن لفظ الشارع يحمل على المعنى الشرعي ، ثم العرفي ثم اللغوي ، والجمع بين الكلامين أن مراد الأصوليين إذا تعارض معناه في العرف ومعناه في اللغة قدمنا العرف ، ومراد الفقهاء إذا لم يعرف حده في اللغة ولم يقولوا ليس له معنى ، فالمراد أن معناه في اللغة لم ينصوا على حده بما يثبت ، فيستدل بالعرف عليه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فإن اشترى عبدا فوجده أعمى أو أعرج أو أصم أو أخرس أو مجنونا أو أبرص أو مريضا أو أبخر أو مقطوعا أو أقرع أو زانيا أو سارقا أو أبقا ثبت له الرد ، لأن هذه عاهات يقتضى مطلق العقد السلامة منها ، فلا يلزمه العقد مع وجودها) .

(الشرح) ذكر المصنف والأصحاب جملة من أمثلة العيوب وإن كانت لا تنحصر ولا مطمع في استيعابها ، ولكن المقصود زيادة في البيان على ما استفيد من الضابط المتقدم ، فمما ذكر المصنف كون الرقيق أعمى أو أعرج أو أصم أو أخرس أو مجذوما أو أبرص ، وهذه الستة لا خلاف فيها ، ولا تفصيل في البرص والجذام المستحكم وغيره ، أو مريضا . وسواء المرض المخوف وغيره ، ما يرجى زواله وما لا يرجى زواله في الرقيق وغيره من الحيوان . هكذا قال صاحب التتمة وغيره . نعم إذا كان المرض قليلا كصداع يسير وما أشبهه غفى الرد به نظر ، وقال ابن يونس وابن الرفعة : إن المرض وإن قل عيب .

وقال العجلي : إذا أصاب العبد مرض وكان يزول بالمعالجة السريعة فلا خيار كما لو غصب وأمكن البائع رده سريعا ، وهذا حسن ، أو أبخر ، والبخر الذي هو عيب هو اليأس من تغير المعدة دون ما يكون بقلح الأسنان ، فإن ذلك يزول بتنظيف الفم . واعترض مجلى بأن ذلك لا يسمى بخرا فلا حاجة إلى الاحتراز عنه . وفي التجريد أن الجارية ترد بتغير النكحة ، وهو محمول على البخر الذي تقدم تفسيره ، ولا فرق بين العبد والجارية ، فإن الجارية قد تقصد للاستمتاع . والعبد قد يقصد للمسارة .

وقوله « أو مقطوعا » أى مقطوع عضو من أعضائه كيد أو رجل أو اصبع أو أنملة أو غيرها ، وإطلاق ذلك يشمل الأصيل وغيره ، وقد تقدم استثناء قطع الاصبع الزائدة وشبهها ، وقطع شيء يسير من الفخذ إذا لم يحصل بشيء من ذلك نقص ، أو أقصرع وهو الذي ذهب شعر رأسه من آفة ، ويشترط في هذه الأمور أن تكون مستمرة غلو وجدت في يد البائع قبل البيع وزالت وانقطع أثرها فلا رد بها ، وذلك إنما يكون في غير القطع أو زانيا أو سارقا أو آبقا ، وهذه أيضا لا خلاف فيها ، ولا تفصيل عندنا في ذلك بين العبيد والاماء ولا فرق بين أن يكون قد أقيم عليه الحد في الزنا والسرقة أو لم يقيم ، ووافقنا على الرد بعيب الزنا مطلقا مالك وأحمد وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر .

وقول أبى حنيفة : ان العبد لا يرد بعيب الزنا بخلاف الأمة • فان زناه يؤدى الى اختلاط نسبه بنسب غيره • وأجاب أصحابنا بأن زنا العبد يوجب الحد وينقص قيمته ، وقد يموت تحت الحد ، ولا فرق بين الصغير والكبير ، وان كان الحد لا يجب على الصغير لأنه يتعود ذلك فيفعله بعد الكبر ، نص الأصحاب على أنه لو زنا مرة واحدة في يد البائع فله المشتري الرد وان تاب وحسنت حالته ، لأن تهمة الزنا لا تتروى ، ولهذا لا يعود احضان الحر الزانى بالتوبة •

وقال الغزالي فى الوسيط : اعتياد الاباق والسرقة والزنا عيب ، فأتسعر باشتراط الاعتياد فى الثلاثة أو فى الاباق ، أو فيه وفى السرقة • ولو لم يكن من كلام الغزالي الا ذلك أمكن تأويله بأن السرقة والزنا معطوفان على اعتياده ، ولا يكون الاعتياد شرطا فيهما ، لكنه فى الوجيز قال : اعتياده الزنا والاباق والسرقة فهذا صريح لا يقبل التأويل ، وقريب منه قوله فى البسيط : أباقا أو سراقا أو زنا فأتى فى الثلاثة بصيغة المبالغة ، فأما الزنا فقد تقدم نص الأصحاب فيه ، ولا نعلم أحدا صرح فيه بخلاف ، والسرقة كذلك ، وأما الاباق فان الامام قال فى أوائل كتاب السلم فى جواب سؤال : ان اعتياد الاباق عيب ، واتفاق الاباق لا يلتحق بالعيوب • وهذا الذى صرح به الامام كلام الجمهور يدل على خلافه ، ووراء ذلك ثلاثة أمور •

(أحدها) أن هذه الثلاثة اذا تكررت فى يد البائع واشتهرت ثم وجدت فى يد المشتري ولم يكن علم بها فله الرد ، لأن وجودها فى يد المشتري عيب حادث بعد تكررها وان وجدت فى يد البائع مرة واحدة ثم وجدت فى يد المشتري ، فالمفهوم من كلام كثير من الأصحاب أن له الرد ، وبه صرح أبو سعيد الهروى فى الثلاثة وغيره فى الاباق ، ولا يفرق فى ذلك بين البالغ والصبي المميز ، وقال القاضى حسين : يأخذ الأرض لأن الاباق فى يد المشتري عيب حادث ، وقد تقدم ذلك عند الكلام فيما اذا لم يعلم بالعيوب حتى أبقي •

وان وجدت فى يد البائع مرة واحدة ، لم توجد فى يد المشتري

فإن كان صبيا مميزا فالذى يدل عليه كلام صاحب التتمة وغيره أنه
يرد •

وقال أبو سعيد الهروى : لا يرد • والأول أصح وإن كان كبيرا
يرد ، لأن العادة فى حال الكبر يتعذر الاقتلاع عنها ، وفيه فى الأباق
خاصة وجه حكاه الهروى عن الثقفى أنه لا يرد كالصغير • والصحيح
الأول • وهو قول الزجاجى والقاضى حسين • وقيل : ان للشافعى
ما يدل عليه •

قال القاضى حسين : الفعلة الواحدة فى الأباق يجوز أن تعد عيبا
أبدا كالوطء فى ابطال الحضانة •

وصرح فى الفتاوى بأنه لا يرتفع ذلك بالتوبة وطول المدة كالزنا •
وفرع الهروى على قول الثقفى أنه لا يمين على البائع • لأن جواز
الرد يعتمد وجود العيب فى يد المشتري • هذا ما تلخص لى من كلام
الأصحاب فى ذلك •

وحيث قلنا : له الرد فى الأباق فمحلته فى حال حضوره ، وأما فى
حال ابقائه فلا على ما تقدم وما ذكره أبو سعيد الهروى فى الصغير ،
واقترضاه كلام الثقفى فى أباق الكبير أنه لا يرد بالمرة الواحدة الا اذا
وجد فى يد المشتري عجب ، فإنه ان كان ذلك عيبا فلا حاجة الى شيء
آخر ، وان لم يكن عيبا فوجوده فى يد المشتري ان لم يكن مانعا
فلا أقل من أن يكون مقتضيا ، اللهم الا أن يلاحظ أن وجوده فى يد
المشتري دال على أن ذلك صار عادة ، وأنه من ضمان البائع لاستناده
الى سابق •

(فرع) لو وجد الأباق والسرقة والزنا ونحو ذلك فى يد البائع
وارتفع مدة مديدة بحيث يغلب على الظن زوالها ، ثم وجدت فى يد
المشتري ، قال الهروى : قال الثقفى والزجاجى أبو على : لا يجوز
الرد ، لاحتمال أن تلك المعانى ارتفعت ثم حدثت فى يد المشتري ،
فصار ذلك كالمرض الحادث فى يده •

(فرع) لا يشترط أن توجد هذه الأشياء في يد البائع بل لو وجدت في يد من تلقى البائع الملك منه أو قبله ، كان حكمها كذلك ، قاله القاضى حسين والمتولى في الأباقي ، وهو يجرى في الأخيرين بلا شك بخلاف الأمور السابقة من الأمراض •

(فرع) الحواء كالسارق ، ولا يشترط تكرار الجنابة منه أيضا ، وإنما ذكرته بهذه الصيغة تبعا للامام •

(فرع) في مذاهب العلماء •

قال الثوري وإسحاق في الضبي يسرق ويشرب الخمر ويأبى : لا يرد بعيب حتى يحتلم وقال أحمد : إذا جاوز عشر سنين فهو عيب •

(فرع) قول المصنف : عيب على سبيل المثال ، فالأمة كذلك ، وبعض العيوب المذكورة يشترك فيها سائر الحيوانات أيضا كالعمى والعرج والقطع •

(فرع) ومن أمثلة العيوب أيضا الجب ، وهو داخل في قول المصنف : مقطوعا ، والصبيان في العبيد والاماء إذا كان مستحكما مخالفا للعادة دون ما يكون لعارض عرق أو حركة عنيفة أو اجتماع وسخ ، ولا يشترط كونه لا يقبل العلاج بل إذا كان لا يندفع إلا بعلاج مخالف للمعتاد فهو عيب ، وعند القاضى حسين لا يثبت بالصبيان صبيان وينبغي أن يحمل كلامه على ما ليس خارجا عن العادة ، والجنون سواء المتقطع وغيره ، وكونه مختلا أو أبله أو أشل أو أعور ، وزعم بعضهم أن ذلك يندرج في العمى ، لأنه عمى في أحد العينين ، فيكون داخلا في قول المصنف ، وليس كذلك • لأن العمى عند الإطلاق إنما ينصرف إلى العينين نعم العور في اللغة ذهاب البصر ، فقد يطلق على الأعمى ، ولهذا يعبر بأعور اليمنى أو اليسرى ولكن صار عند الإطلاق أيضا إنما يفهم منه ذهاب البصر من أحدهما •

(ومنها) كون الرقيق أخفش وهو نوعان (أحدهما) ضعيف البصر خلقة (والثاني) يكون بعة حدثت ، وهو الذى يبصر بالليل دون النهار المعين ، وفي يوم الغيم دون الصحو وكلاهما عيب ، وكونه أجهر بالجميم وهو الذى لا يبصر في الشمس أو أعشى • وهو الذى يبصر بالنهار

ولا يبصر بالليل ، والمرأة عشواء أو أعمش قاله القاضي حسين •
أو أخشم • وهو الذى فى أنفه داء لا يشم شيئاً أو أبقم وهو المعوج
الفم أو أرت لا يفهم - والارت بفتح الراء وتشديد التاء المثناة
من فوق • وهو الذى فى كلامه عجمة ، وهذا تفسير أهل اللغة •

وقال الفقهاء فى صفة الأامه : هو الذى يدغم حرفاً فى حرف على
خلاف الادغام الجائز فى العربية • والرتة بضم الراء فكلا الأمرين
فى هذا الموضع ينبغى النظر فيه الى جنس ذلك الرقيق ، فان كان
الغالب فيه عدمه كان عيباً • وان لم يكن الغالب فيه عدمه كالزنج وغيرهم
لم يكن عيباً •

وقد أطلق الأصحاب هنا الأرت الذى لا يفهم • ويمكن أن يبقى
ذلك على إطلاقه ويكون المراد الذى لا يفهم عنه بلغته ولا بغير لغته •
وقال القاضي حسين : اذا وجده ألثغ أو أرت لا يثبت الخيار اذا كان
يستظرف بكلامه • فان كان لا يستظرف بكلامه فله الرد • وكأن مراده
ان كان يفهم كلامنا فلا رد • وان لم يفهم فله الرد فيهما • كما قال
الأصحاب وهذا بعيد عن مراده فى الأرت •

(ومنها) كونه فاقد الذوق أو شئ من الحواس الخمس وان كان
بعضها تقدم والشعر أو الظفر أو له اصبع زائدة أو سن ساغية وهى
الزائدة المخالفة لباقى الأسنان أو يد زائدة أو رجل زائدة أو مقلوع
بعض الأسنان أو أدرد ، وكون البهيمه درداء الا فى السن المعتاد ،
ونقل القاضي حسين فى الفتاوى هذا التقيد عن العبادى ، بعد أن أطلق
أن له الرد والتقيد لا بد منه وهو الذى أورده الرافعى وحكى القاضي
حسين أيضاً أنه هل يشترط رؤية السن فى العقد ؟ قال : يحتمل
وجهين ، فليكن الكلام فى الرد تفريعا على أحد الوجهين ، أو يأتى فيه
ما تقدم فى الشعر •

(ومنها) كونه ذا قروح أو ثاكيل كثيرة أو بهق ، وهو بياض يعتري
الجلد يخالف لونه ليس ببرص ، أو أبيض الشعر فى غير أوانه ، ولا بأس
بحمرته •

(ومنها) كونه نماما ، أو ساحرا ، أو قاذفا للمخصصات ، أو كذابا أو به نفخه طحال ، كما قال الماوردي والرويانى ، أو مقامرا أو تاركا للصلاة ، أو تساربا الخمر وفى وجه ضعيف لا رد بالشرب وترك الصلاة ، حكام الراعى عن الرقيم للعبادى وعن القاضى أبى الطيب تقييد الشرب بأن يسكر ، ولا حاجة اليه ، لانه بالشرب يجب الحد ، نبه عليه مجلى ، وايضا يتخذ ذلك عادة ، وفى التهذيب أن الشرب المتقدم الذى تاب عنه لا يثبت الرد بخلاف الزنا ، لان سمة الشرب تزول عنه بخلاف الزنا ، وقد تقدم عن القاضى حسين أن الأباق لا يسقط أثره بالتوبة والظاهر انه كالشرب ، فيحتمل أن يكون القاضى مخالفا هنا وصاحب التهذيب مخالفا هناك إلا أن يفرق .

(ومنها) كونه خنثى مشكلا أو غير مشكل (قال) الراعى : وعن بعض المتأخرين أنه أن كان رجلا ، وكان يبول من فرج الرجال فلا رد (قلت) وهذا حكاه العمرانى عن القاضى حسين انه قاله فى باب الجنايات .

(ومنها) كونه وصل شعره بشعر غيره ، قاله القاضى حسين والأليق هذا فى صور التلبيس كالنصرية .

(ومنها) كون العبد مخنثا أى ممكنا من نفسه من عمل قوم لوط ، والمخنث بكسر النون وفتحها والكسر أفصح ، والفتح أشهر وهو الذى خلقه كخلق النساء فى حركاته وهيئته وكلامه ونحو ذلك ، وتارة يكون ذلك خلقه له فلا يأتى به وتارة يتصنعه فهو مأثوم مذموم ملعون .

(ومنها) كون الجارية رتقاء أو قرناء أو مستحاضة أو معتدة عن زوج أو وطء بشبهة خلافا لأصحاب الرأى ، ونقل ابن أبى عسرون أن صاحب الحاوى قال فى المعتدة : انها لا ترد لقرب المدة ، وأن الشائى قال : ما كان نقصا يستوى فيه القريب والبعيد ، وينبى لو كان بقى من عدتها يوم أن يثبت الخيار .

قال ابن أبى عسرون : وهذا حسن (قلت) والذى رأيته فى الحاوى أن الخيار يثبت فى المعتدة وانما ذكر التعليل بالقرب فى الصائمة بعد

ذلك ، فلمل ذكر الصائمة سقط بين ذلك من بعض النسخ التي وقعت له ، ولم أر ذلك في حلية الشاشي أيضا وهو عجيب ، والذي أقوله انه ينبغي التفصيل في المعتدة ان كان قد بقي من العدة زمن يسير لا يكون عيبا ، ويكون ذلك بمنزلة ما اذا كان العيب يسيرا يمكن البائع ازالته عن قرب ، وقد قالوا فيه : انه لا خيار للمشتري ، وان كان زمنا كثيرا لمثله اجرة كيوم يثبت الخيار ، كما تقدم اعتبار مثل ذلك في الأحجار أو بها لخن بفتح اللام والخاء المعجمة ، وهو تغيير رائحة الفرج قاله الروياني عن ابن المرزبان أو على لسانها نقطة سوداء اذا قال أهل الخبرة : ان ذلك نقص . قاله القاضي حسين أو تأكل الطين وقد أثر فيها قاله القاضي أيضا ولا فرق في ذلك بين الجارية والعبد أو كون الجارية مساحقة .

(ومنها) وقد تعرض له الشافعي أن يكون كل منهما : العبد والأمة أحرم باذن السيد . ثم باعه . ثم علم المشتري في زمن الاحرام فله الخيار . لأنه ليس له تحليله . نص عليه في الأم في كتاب الحج ، وان كان أحرم بغير اذن سيده ثم باعه فلمشتري تحليله كالبائع ، قاله الجرجاني والنووي عنه ولا يثبت له خيار .

(قلت) ولنا وجه أنه ليس للبائع تحليله . وان كان بغير اذنه فعلى هذا ليس للمشتري أيضا ، ويثبت له الخيار . وينبغي التفصيل في الاحرام . فان كان قد بقي زمن يسير كطواف أو حلق أو رمي في آخر الأيام لا يكون له الخيار . والا كان له الخيار اذا لم يمكن التحليل .

(ومنها) على ما قال الجوزي : اذا باع عبدا قد نذر صوم شهر بعينه ، لأنه ليس له منعه بعد الدخول فيه ، قال : فان كان بالذمة من الصوم متفرقا فلا خيار لأنه له منعه ، وهو في ذمة العبد .

(قلت) وهذا يقتضي أن يطرد في كل صوم وجب على الفور يكون عيبا اذا كان طويلا يضر لشهر ونحوه كما مثل به . أما اليوم ونحوه فلا . والذي لا يجب عليه الفور يحتمل أن لا يكون عيبا كما قال ، ويحتمل أن يكون عيبا لأنه يضيق عليه اذا توقع الموت وعلى قياس ما قال لو كان

ثانيه صوم رمضان بعذر أو بعير عذر ينبغي أن يثبت الخيار ، لأنه
• يجوز له تأخيرته عن رمضان آخر ، فيصير شهر بعينه وهو قريب
الحصول •

(ومنها) تعلق الدين برقبتهما ، ولا رد بما يتعلق بالذمة ، ومثله
الموسى والرويني بدين الفرض ، وحسن أن التجاره والتبارة في الدمة
خلافها لأصحاب الرأي ومالك ، ولو بان كون العبد المبيع مبيعا في جنابه
عمد وقد ناب عنها فوجهان فان لم ينب فعيب (قلت) ينبغي أن
يجوز عيبا مطلقا كالسرقة والزنا وقد حياء صاحب الاستقصاء وجهها ،
وجنابه الحما ليست بعيب الا أن يكثر وهذا معناه إذا لم يكن ارشها
باقيا •

(ومنها) الكعيبين وانقلاب القدمين الى الوحشي والخيلاان الكثيرة
وأثار الشجاج والقروح والكي وسواد الأسنان وذهاب الأشجار والكلف
المغير للبشرة وكون احد ثديي الجارية أكبر من الآخر ، والحفر في
الانسان وهو تراخم الوسخ الفاحش في أصولها ، ذكر هذه الأحد عشر
القاضي ابو سعيد في فصل في عيوب العبيد والجواري في شرح أدب
القاضي لأبي عاصم ، ونقله الرافعي عنه ، ولو وجد الجارية لا تحيض وهي
صغيرة أو ايسره فلا رد ، وان كانت في سن يحيض النساء في مثله
غالبا فله الرد ، وضبطه القاضي حسين بعشرين سنة ، ولو تطاول طهرها
وجاوزت العادات الغالبة للنساء فله الرد ، هكذا قاله المتولى والرافعي •
وقال القاضي حسين : إذا انقطع سنة فأكتر فان كانت لها عادة معلومة
فعيب ، وان لم يكن لها عادة فليس بعيب ، وفي عبارة الرويانى اعتبار
عادة البلد ونسبه الى النص ، والحمل في الجارية عيب وفي سائر
الحيوانات ليس بعيب على الصحيح الذى اقتضاه ايراد الرافعي هنا
وقطع به المتولى وقال في التهذيب : عيب • وقال ابن الرفعة في الكفاية :
ان الرافعي قال في الصداق أنه أظهر الوجهين ، والذي قاله الرافعي
في الصداق أنه أظهر الوجهين انما كان في الجواري زيادة من وجه
ونقصا من وجه ، لأنه يضر بطيب اللحم في المأكول وبالحمل في
غير المأكول • وفي التناقض بين تصحيح الرافعي نظر ، فان النظر
في الصداق في الزيادة والنقص الى حصول غرض صحيح أو فواته ،
ولا نظر الى القيمة ولا نقصان العين كما هو الضابط ههنا ، فقد لا يكون

الْحَمْلُ فِي الْحَيَوَانَاتِ عِيَا فِي الْبَيْعِ ، لِأَنَّهُ لَا يَنْقُصُ مِنَ الْعَيْنِ وَلَا مِنَ الْقِيَمَةِ ، وَيَكُونُ نَقْصًا فِي الصَّدَاقِ مِنْ وَجْهِ لِفَوَاتِ غَرَضٍ بِهِ وَفِيهِ نَظَرٌ •

وَمِنَ الْعُيُوبِ كَوْنُ الدَّابَّةِ جَمُوحًا أَوْ عَضُوضًا أَوْ رَمُوحًا أَوْ حَثِيثَةً الْمَشْيِ بِحَيْثُ يَحْتَافُ مِنْهَا السَّقُوطُ ، وَشَرِبُ الْبَهِيمَةِ لَبَنَ نَفْسِهَا ، وَقَلَّةُ أَهْلِ الدَّابَّةِ • وَشَرَطُ الْمُتَوَلَّى وَالرَّوِيَانِي فِي انْجُمُوحِ أَنْ لَا تَنْقَادَ إِلَّا بِاجْتِمَاعِ النَّاسِ عَلَيْهَا ، وَهُوَ بَعِيدٌ ، وَأَنْ كَانَ فِي دَلَامِ الْقَاضِي حَسِينٍ مَا يَفْهَمُهُ • قَالَ الْقَاضِي حَسِينٌ : وَلَوْ حَانَتْ تَرْهَبُ مِنْ حَلِّ شَيْءٍ تَرَاهُ غَلَّةَ الرَّدِّ أَيْضًا •

وَقَالَ الْهَرَوِيُّ : مِنْ عُيُوبِ الدَّوَابِّ الْحِرَانُ وَأَنْ يَكُونَ إِذَا أَعْلِمَ قَبْلَ الرِّحَالِ وَهُوَ مَحَلٌّ وَمِنَ الْعُيُوبِ كَوْنُ الدَّارِ أَوْ الضَّيْعَةِ مَنْزِلَ الْجَنْدِ • قَالَ الْقَاضِي حَسِينٌ فِي فِتَاوِيهِ : هَذَا إِذَا اخْتَصَّتْ مِنْ بَيْنِ مَا حَوَالِيهَا بِذَلِكَ ، فَانْ حَانَ مَا حَوْلَهَا مِنَ الدُّورِ بِمُثَابَتِهَا فَلَا رَدَّ ، وَكَوْنُهَا ثَقِيلَةً الْخَرَجِ ، وَأَنْ كُنَّا لَا نَرَى أَصْلَ الْخَرَجِ فِي تِلْكَ الْبِلَادِ وَتَفَاوُتِ الرِّغْبَةِ وَالْقِيَمَةِ ، وَنَعْنَى بِثِقَلِ الْخَرَجِ كَوْنَهُ فَوْقَ الْمَعْتَادِ فِي أَمْثَالِهَا وَفِي وَجْهِ عَنْ حِكَايَةِ أَبِي عَاصِمٍ لَا رَدَّ لِنَعْمَلِ الْخَرَجَ وَلَا بِكَوْنِهَا مَنْزِلَ الْجَنْدِ ، وَالْحَقُّ فِي التَّنْتِمَةِ بِهَاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ مَا إِذَا اشْتَرَى فَوَجَدَ بِقَرْبِهَا قَصَارِينَ يُوْذُونَ بِصَوْتِ الدَّقِّ ، وَيَزْعَرُونَ الْأَبْنِيَةَ ، وَأَرْضًا فَوَجَدَ بِقَرْبِهَا خَنَازِيرَ تَقْسُدُ الزَّرْعَ ، وَحَكَى الرَّوِيَانِي فِي هَاتَيْنِ الْمَسْأَلَتَيْنِ وَجْهَيْنِ ، وَأَطْلَقَ الْقَاضِي حَسِينٌ فِي الْفِتَاوَى أَنَّهُ إِذَا اشْتَرَى أَرْضًا فَوَجَدَهَا مَرْتَعًا الْخَنَازِيرِ أَنْ لَهُ الرَّدُّ قَالَ : وَقَالَ الْعَبَادُ : لَيْسَ لَهُ الرَّدُّ •

وَلَوْ اشْتَرَى أَرْضًا يَتَوَهَّمُ أَنْ لَا خَرَجَ عَلَيْهَا فَبَانَ خِلَافَهُ ، فَانْ لَمْ يَكُنْ عَلَى مِثْلِهَا خَرَجَ غَلَّةَ الرَّدِّ وَأَنْ كَانَ عَلَى مِثْلِهَا ذَلِكَ الْقَدْرَ فَلَا رَدَّ • هَكَذَا فِي التَّنْتِمَةِ وَالرَّافِعِي وَفِي فِتَاوَى الْقَاضِي حَسِينٍ • وَهَذَا يَقْتَضِي تَفْسِيرَ الْخَرَجِ بِشَيْءٍ غَيْرِ أَجْرَةِ الْأَرْضِ فَانَّهُ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّ عَلَى الْأَرْضِ أَجْرَةً وَظَنَّ أَنَّ الْأَرْضَ مِلْكُ الْبَائِعِ وَوَرَدَ الْعَقْدُ عَلَيْهَا ثُمَّ خَرَجَتْ بِخِلَافِ ذَلِكَ تَخْرُجُ عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ لَا لِأَجْلِ الْخَرَجِ ، بَلْ لَخُرُوجِ بَعْضِ الْمَبِيعِ مُسْتَحَقًّا • وَقَالَ صَاحِبُ التَّنْتِمَةِ : لَوْ شَرَطَ أَنْ لَا خَرَجَ عَلَيْهَا فَبَانَ عَلَيْهَا خَرَجَ غَلَّةَ الرَّدِّ قَلَّ أَوْ كَثُرَ ، يَعْنِي وَلَوْ كَانَ عَلَى أَمْثَالِهَا وَهُوَ ظَاهِرٌ •

وقال الغزالي في الفتاوى : لو اشترى أرضا فبان أنها تبيع إذا
بارت رجله (١) ويصر بالزرع فله الرد إن قلت البرعه بسببه .

ومن العيوب ثون الماء مسخنا على أصح الوجهين ، ولو باع
الظاهر من الأدلة بالاجتهاد لزمه تعريف المسرى ، فإن لم يعرفه
فهل له الخيار : وجهان أحدهما الروياني ، ولو باع عشرين صاعا من ماء
في بئر فاستقى منها تسعة عشر قلما أخرج الصاع الأخير وجد فيه
هرد ميه وبم ينغير الماء بها فارق هذا النجس ، وقال الباقر :
استلم الصاع من الباقي في البئر لأنه خسر ، وطلب المشتري مسح
البيع فإن لم المسح لأن هذا الماء نجس عند بعض الفقهاء فتعاهه
النفس ، فيصير سبب إصابته بما استتراه ، نص عليه التنافعي ، ونقله
عنه الروياني . والرمل تحت الأرض إن كانت مما يطلب للبناء ،
والأحجار إن كانت مما يطلب للزرع والعرس وقد تقدم الحرام في ذلك
في باب بيع الأصول والثمار ، فليُنظر هناك .

ومن العيوب نجاسة المبيع إذا كان ينقش بالغسل ويظهر ماله
يوقف المبيع وعليها خطوط المتقدمين ، وليس في الحال من يشهد
بذلك عيب ، ونقل ذلك عن العدة ، وقال صاحب البحر : وفرضهما
فيما إذا علم أنها ليست مزورة . ونقلها عن بعض أصحابنا بالعراق
وعن اختيار مشايخ طبرستان . قال الروياني : وكذلك إذا ادعى مدع
يعول على دعواه وفقيها يحتفل أن يقال ذلك عيب . وهذا إذا سبقت
الدعوى البيع وإن بعد البيع وقيل القبض .

(فرع) قال الهروي : فصل في عيوب العبيد والجواري التي
اجتمع عليها الباحثون وأفتى بها المفتون التابع في الخلق وتغير الأظفار
والخلف هذا في العين والسعال والصكك وهو اصطكك القدمين .
هذا لابن أبي ليلى والكوع وهو خروج العرقوب عن القدم في اليمين
والشمال ، والفرع وهو يتوسط القدم والنفرة والشامات الا شامة
بيضاء والغدد والعقد والكسف ، وهي دائرة في قصاص الناصية

(١) رجلة ورجلي — كسرى — يتعثر فيها الرجل أي الماشي على
قدميه .

والعس والجماجيم في غير مواضعها والتخشف في الحبل أكتواه في عسبنا
دنبه ، والسلوليم في الاسنان والسفاق في اليدين والرجلين واختلاف
الإصرع والاسنان وجرم البسوق ، والادن اذا استعت بم حيضت ،
والنمض والسمط وانا جلد حصوص النسياط واخل الطين ، هذا لشريك
القاضي وحضاب الشعر وتجميعه والوسوم والعنه في الصوت • وهذا
لحفص بن عيات والقرس احمى من البرص والمواط والابنته والحول
والفدح ودهاب الاتسار وان لا ييبب عامنها حدث في رمان ابي عمر
القاضي المسالحي وان يكون تساقا حذابا •

(فرع) قال الزبيرى في المقتضب : لو اشترى دارا بحدودها
ثم علم ان احد حيطانها ليس لها فنه الخيار •

(قنت) وينبغى أن يكون ذلك على تفريق الصفقة ، لأن الإشارة
تشمل الجميع ومن جملتها الجدار الذى تبين أنه ليس لها • وقال
الصيمرى : لو اشترى عبدا فبان أنه أخو المشتري أو عمه فله الخيار
لأن النفس لا تنكح تطيب باسترقاقه ، وفيه نظر ، لأن هذا معنى خاص
بالمشتري ، وقد صرح البغوى والرافعى بأنه لو اشترى جارية فبانت
أخته من النسب فلا خيار ، وقال ابن الصباغ : لو كانت محرمة عليه
بنسب فلا خيار •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجدته يبول في الفراش — فان كان صغيرا — لم يرد ،
لأن بول الصغير معتاد فلا يعد عيبا ، وان كان كبيرا رد ، لأن ذلك
عامة ونقص) •

(الشرح) اذا كان صغيرا فلا خلاف في أنه ليس بعيب ، سواء
في ذلك الطفل والطفلة ، وقدره صاحب التهذيب بما دون سبع سنين ،
وكثير من الأصحاب لم يضبطوا ذلك بمقدار ، بل لا يكون مثله يتحرز
منه كذلك قال القاضي أبو الطيب ، وان كان كبيرا ، وهو ما زاد على
ذلك فهو عيب في العبد والأمة ، وعن أبى حنيفة أن له الخيار في الجارية

ذون العبد • لأن الجارية يتخذها للفراش فيتأذى به وليس كذلك العبد ،
وأجاب أصحابنا بأن العبد يغسل الثياب التي ينام فيها ويحتاج إلى من
يعسلها وينظفها ، وهذا نقص فيه • وزعم الفارقي أن المصنف لم يذكر
العله بتمامها وإن كان معتادا من الصبي لا يخرج عن كونه عيبا • وتمام
العله أن يقول : هو معتاد من الصبي وماله إلى الزوال فكان في حكم
الزائل •

ولو اشترى عبدا وكان يبول في فراشه ولم يعلم إلا بعد كبر العبد ،
قال الروياني : لم يكن له الرد ويرجع بالارث لان علاجه بعد الكبر
عيب ، فصار كبره عنده كالعييب الحادث ، هكذا قاله الروياني ، وكأنه
فرض المسألة فيما إذا كبر إلى سن عالية فوق كبره حاله المبيع بحيث
يكون علاجه أصعب • أما البول في حالة الصغر فليس بعيب سواء أكبر
عند المشتري أو لم يكبر ، لا رد به ولا أرش •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجدته خصيا ثبت له الرد ، لأن العقد يقتضى سلامة الأعضاء
وهذا ناقص) •

(الشرح) الخصى الذى نزع خصيتاه وسلتا ، وقيل : من قطعت
أنثياه مع جلدتهما • فعلى هذا التفسير قد دخل في قول المصنف فيما
مضى : أو مقطوعا • فيكون قد نص عليه ليكون أصرح • وعلى كل
تقدير هو عيب كما ذكره المصنف وقد ذكر عند الضابط في أول الفصل
زيادة كلام فيه • وأن زيادة قيمته لا تمنع من كونه عيبا • فإذا اشترى
عبدا مطلقا فخرج فحلا لم يثبت الرد • وان خرج خصيا ثبت الرد •
وكذلك البهيمة إذا وجدها خصيا ثبت الرد • قاله الجرجاني •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجدته غير مختون — فان كان صغيرا — لم يثبت له الرد
لأنه لا يعد ذلك نقصا في الصغير ، لأنه لا يخاف عليه منه ، وان كان

كبيرا أثبت له الرد لأنه يعد نقصا لأنه يخاف عليه منه ، وان كانت
جارية لم ترد ، صغيرة كانت أو كبيرة لأن ختانها سليم لا يخاف عليها
منه) .

(الشرح) هذا كما قال : وضبط الروياني الصفر هنا بسبع سنين
خما دونها ، وفيه وجه أن ذلك لا يكون نقصا في العبد الكبير أيضا .
ووجه ثالث حكاه الروياني وقطع به المتولى ان كان الكبير من سبى
الوقت من قوم لا يختنون فلا خيار . وحكى في الجارية وجهين . قال :
قالا : والصحيح أنه يثبت الخيار لأنه لو كان فيها اصبع زائدة ثبت
الخيار ولا يستحق قطعها ، فلأن يثبت ههنا وتستحق إزالة هذه الجلدة
أولى .

والجواب عما قلناه أن الاصبع الزائدة وجودها نقص ، ويخشى
من إزالتها ، وهي خلاف الأصل ، بخلاف ما يقطع من الجارية . وفي
كلام المصنف إشارة الى أنه اذا وجده مختونا فلا خيار ، سواء أكان
صغيرا أم كبيرا ، وهو كذلك اذا لم يحصل بالختان نقص ولم يكن شرط
أنه أقلف ، فاذا كان قد شرط ذلك فبان مختونا قال المتولى ان كان فيه
غرض بأن كان الغلام مجوسيا ، أو علم أن المجوس يرغبون فيه فله
الخيار ، وان كان بخلافه فلا خيار .

ولو اشترى عبدا أقلف فختنه وان قل الموضع ثم وجد به عيبا قديما
فله رده لأن الختان زيادة فضيلة وليس بعيب . قاله صاحب التتمة
والروياني ، ويحتاج المتولى الى فرق بين هذا والمسألة السابقة اذا
شرط أنه أقلف فخرج مختونا . حيث فصل ويمكن الفرق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى جارية فوجدها مغنية لم ترد ، لأنه لا تنقص به
العين ولا القيمة ، فلم يعد ذلك عيبا) .

(الشرح) هذا مذهبا . وحكى أصحابنا عن مالك أن له الخيار ،
لأن الغناء حرام . وذلك نقص فيها . ومنع بعض أصحابنا تحريره .

وبتقدير تسليمه فالمحرم فعله • فله أن يمنعها من استعماله • وأما معرفته فليست بحرام • حتى قال الروياني : لو شرط أنها مغنية فكانت مقرئة فله الخيار — يعني لأن له غرضا في ذلك — والقراءة فضيلة لكن لا يحصل غرضه كما لو شرط أنه خصي فخرج فحلا •

وقول المصنف : لا تنقص به العين ، احتراز من الخفاء به ، وحكم العبد في ذلك حكم الأمة ، فلو وجده زامرا أو عالما بالمعزف أو العود فليس له الرد ، والسيد قادر على منعه من العمل ، وما ذكرناه من أن الغناء ليس بعيب عندنا هو المشهور (وقال) الهوى في الاشراف : وإذا كانت مغنية فاختلف فيها الحموى وغيره من أصحابنا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجدها ثيبا أو مسنة لم يثبت له الرد ، لأن الثيوبه والكبر ليس بنقص وانما هو عدم فضيلة) •

(الشرح) كثير من الأصحاب أطلقوا هذا الحكم وقالوا : إذا لم بشرط بكارتها ولا ثيوبتها فخرجت بكرا أو ثيبا لم يكن له الخيار لأنه لم يحصل شرط ولا تدليس ولا عرف غالب يدل على ذلك ، وذلك الاطلاق محمول على ما إذا كانت في سن يغلب فيه الاستمتاع بها ، أما إذا كانت صغيرة وكان المعهود في مثلها البكارة ، فخرجت ثيبا ، ثبت الرد ، وممن قاله المتولى والرافعي ، وأشعر كلام الروياني في ذلك خلافا ، فإنه حكى الاطلاق ثم قال : ومن أصحابنا من قال : أن كان مثلها يكون بكرا في العادة فوجدها ثيبا له الخيار ، لأنه وجدها على خلاف المعهود ، قال : وهذا أصح عندي (قلت) والأولى أن ينزل ذلك الاطلاق على هذا ، ولا يكون في المسألة خلاف •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فان وجد المملوك مرتدا أو وثيبا ثبت له الرد ، لأنه لا يقرر على دينه) •

(الشرح) الردة عيب قطعاً في المملوك الذكر والأنثى ، وما سواها من الكفر . فالكتابي قد ذكره المصنف بعد هذا ، وما بين هذين من أنواع الكفر الأصلي كالنوثن والتمجس قيل : لا رد ، لا في العبد ولا في الاماء ، وبهذا قطع صاحب التتمة .

وقال صاحب التهذيب : ان وجد الجارية مجوسية أو وثنية فله الرد ، لأنهما محرمة على كافة (١) الناس ، وان وجد العبد كافراً أصلياً أى كفر كان فلا رد ان كان قريباً من بلاد الكفر ، بحيث لا تنقل الرغبة فيه ، وان كان في بلاد الاسلام بحيث تنقل الرغبة في الكافر وتنقص قيمته فله الرد ، وصحح الرافعى والنووى ما قاله في التهذيب . وقال القاضى أبو الطيب : أنه اذا اشتري عبداً مطلقاً فخرج كافراً لم يكن له خيار ، وهذا الاطلاق أقرب الى موافقة صاحب التتمة .

وفصل القاضى حسين بين دار الاسلام كما نقل صاحب التهذيب ، وما قاله المصنف يظهر أنه مخالف للوجهين ، فإنه أطلق الرد بالنوثن ، وتعليقه بأنه لا يقدر عليه يقضى أن العبد الوثنى يقبل ، والمعروف في المذهب خلافه ، ومن كلام المصنف وكلام صاحبه التتمة والتهذيب يخرج في العبد ثلاثة أوجه .

(أحدها) أنه لا يرد بالكفر الأصلي مطلقاً ، وهو قول صاحب التتمة . (والثانى) وان كان في بلاد الاسلام يرد به والا فلا . وهو قول صاحب التهذيب (والثالث) يرد ان كان وثنياً ، وهو قول المصنف ، ويحتمل أن يكون المصنف يوافق صاحب التهذيب في المجوسى ان كان في بلاد الاسلام فرض أن قيمته تنقص بذلك .

وأما الجارية فما ذكره صاحب التهذيب فيها يتعين لنقصها بالنسبة الى امتناع وطئها على كل أحد ، سواء أكانت مجوسية أو وثنية ، والكتابية سيأتى حكمها ، والمرتدة لا اشكال في كونها ترد ، لأنها لا تفرق ،

(١) سبق التنبيه على خطأ هذه العبارة والصواب : مجيء (كافة) حالة ، فيقول : الناس كافة - بلا اضافة .
(المظمى)

وأطلق الشيخ أبو حامد في الجارية ، والقاضي أبو الطيب في العبد انه لا يرد بالكفر ، وأطلق الامام الكلام اذا اشترى عبدا فخرج كافرا . ونقل عن عامة الأصحاب أنه عيب . وعن العراقيين أنهم ذكروا وجهها أنه ليس بعيب . وفصل هو ان كان الاسلام غالبا في موضع العبد والكفر منقصر قيمته فهو عيب ، وان لم يكن الايمان غالبا في العبيد ، بل كانوا منقسمين . وكان الكفر منقصا للقيمة ، فهذا فيه تردد ، وظاهر القياس أنه ليس بعيب ، والظاهر النقل أنه عيب ، وان لم يكن الكفر منقصا والمعاداة مضطربة فالوجه القطع بأن الكفر لا يكون عيبا . وقال قبل باب بيع جبل الحبل اذا اشترى المسلم عبدا فخرج كافرا ان اشتراه في بلاد الاسلام فله رده ، فانه نادر في هذه الديار ، وان اشتراه في دار الحرب فخرج كافرا فالذي ذهب اليه الأكثرون أنه لا يرد ، وكان شيخى يقول : يثبت الخيار ، ومما ذكره الامام يخرج وجه رابع أن الكفر عيب مطلقا ، وما نقله عن الأكثرين هنا موافق لما قاله صاحب التهذيب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجدته كتابيا لم يثبت له الرد ، لأن كفره لا ينقص من عينه ولا من ثمنه) .

(الشرح) هذا موافق لصاحب التتمة . ومخالف لصاحب التهذيب والرافعى في التفصيل بين أن يكون في بلاد الاسلام وقيمة الكافر أنقص فثبت الرد أو لا فلا فرق عند صاحبى التتمة والتهذيب في ذلك بين العبد والأمة ، صاحب التتمة يقول : انه لا يرد فيها وصاحب التهذيب يطرد تفصيله المذكور فيها . ولعل اطلاق المصنف وغيره محمول على ما قال صاحب التهذيب ، حيث لا تكون القيمة تنقص بذلك ، فان تعليلهم برشد اليه . وقد تقدم أن الامام أطلق الكلام في الكفر ، ونقله عن عامة الأصحاب أنه عيب . والأصح ما نقله قريبا من باب بيع جبل الحبل هو التفصيل الموافق لصاحب التهذيب وهو قد خالف مالكا رحمه الله فقال : انه يثبت الرد بالكفر لأنه نقص . وأجاب الأصحاب بأن الكفر نقص في الدين ، والبيع انما يقصد به المال . وكفر الكتابى سبب في تكثير ماليته . لأنه يشتريه الكافر والمسلم وكثرة الطالبين تقتضى

كثرة الثمن . قال الفارقي : وقد ثبت هذا المعنى في اعتاق الكافر في الظاهر أنه يعتبر فيه الاسلام ككفارة القتل . ولا يفرق بالتعليق لما تبين أن المسلم أقل قيمة من الكافر ، ومحل التكفير وهو الرقبة واحد ، فيستوى بين الكفارتين فيه كما يستوى بينهما وبين كفارة اليمين في محل الصوم فلا يجوز في يوم العيد والحيض وإن اختلفا في مقداره .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن اشترى أمة فوجدها مزوجة ، أو عبدا فوجده مستājرا ، ثبت له الرد ، لأن اطلاق البيع يقتضي سلامة المنافع للمشتري ، ولم يسلم له ذلك ، فثبت له الرد) .

(الشرح) هذا كما قال ، لأن المزوجة يستحق الزوج تسليمها في بعض الأوقات فيفوت على السيد منفعتها في ذلك الوقت ، والمستājر منفعته فائتة إلى انتهاء مدة الاجارة ، وقد صح أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه اشترى من عاصم بن عدى جارية فأخبر أن لها زوجا فردها ، وورد في سنن البيهقي في الأمة تباع ولها زوج أن عثمان قضى أنه عيب ترد منه ، ونقل ابن المنذر الاجماع عليه ، وفي البيان حكاية وجه في الترويج وهو ضعيف ، بل باطل لنقل ابن المنذر .

ولو قال زوجها لها : إن برئ المشتري من الثمن فأنت طالق ، وكان قبل الدخول ثم علم المشتري بالترويج ، هل له الخيار ؟ فيه احتمالان في البحر . (أحدهما) نعم ، لثبوت العيب وجراز موت الزوج قبل براءة المشتري ، فيلزمها عدة الوفاة (والثاني) لا ، لعدم الضرر ، لأن عدة الوفاة إن وجبت ثبت الخيار بها ، لأنها عيب حادث ، أي من سبب متقدم في يد البائع لم يقع الرضا به ، وحكم ترويج العبد حكم ترويج الأمة يرد به أيضا إلا أن الاجماع المنقول في الأمة خاصة وأطلق كثير من الأصحاب ذلك .

وقال صاحب التتمة : أنه إذا كان تزوج بغير إذن سيده ودخل بها وقلنا : المهر يتعلق برقبته كان حكمه حكم العبد الجاني ، ويجب

تقييد إطلاق غيره بذلك • قال صاحب التهذيب : ولو علم العبد
ذا زوج ، ولكن لم يعلم أن عليه مهرا ولم يعلم قدره فله الرد ، كما
لو اشتراه عالما بالعيب ولم يعلم مقدار له الرد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى شيئا فتبين أنه غبن في ثمنه لم يثبت له الرد ،
لما روى « أن حبان بن منقذ كان يخدع في البيع ، فذكر ذلك للنبي
صلى الله عليه وسلم فقال : اذا بعث فقل : لا خلافة ، ولك الخيار
ثلاثا » ولم يثبت له خيار الغبن ، ولأن المبيع سليم ولم يوجد من جهة
البائع تدليس ، وانما فرط المشتري في ترك الاستظهار فلم يجز له
الرد) •

(الشرح) هذا الحديث قد ذكره المصنف في أول كتاب البيوع ،
فيكتفى بما تقدم من كلام النووي عليه ، والأصح أن الذي كان يخدع
منقذ والد حبان ، والحديث صحيح في الجملة ، ومعنى لا خلافة : لا غبن
ولا خديعة ، وجعلها الشرع لاثبات الخيار اذا قالها ثبت الخيار ، صرح
بإشترائه أم لا •

وقوله صلى الله عليه وسلم : « ولك الخيار » اعلام منه بثبوت
الخيار (وقوله) ولم يثبت له خيار الغبن من كلام المصنف ، وليس
من الحديث ، ووجه الدلالة منه ظاهر • لأنه لو كان يثبت الخيار
بالغبن لبينه النبي صلى الله عليه وسلم ولم يحتج أن يعد اشتراط
خيار الثلاث أو أن يجعل له الخيار ثلاثا ، بقوله « لا خلافة » وقد ورد أن
حبان كان اذا اشترى فرجع الى أهله فيقولون له : اردده فانك قد
غبنتم أو غششت فيرجع الى بيعه ، فيقول خذ سلعتك ورد دراهمي
فيقول : لا أفعل قد رضيت فذهبت به حتى يمر الرجل من أصحاب النبي
صلى الله عليه وسلم فيقول : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد
جعله بالخيار فيما يبتاع ثلاثا ، فترد عليه دراهمه ويأخذ سلعته •

فلو كان الخيار ثابتا بالغبن لكل أحد لم يكن الخيار خصوصية

بذلك فظاهر قضية حبان أنه كان بالخيار ثلاثا ، سواء عين أو لم يعين ، وهل ذلك خاص به لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعله بالخيار ؟ أو هو ثابت بالشرط كما هو في حق غيره ؟ مساق هذه القصة التي حكيتها يشعر بالأول ، فإنه لو عرف البائع شرط الخيار لم يخالفه وإلى ذلك ذهب بعضهم . وقيل : أن ذلك بالشرط وهو عام له ولغيره ، وكيفما كان فالدلالة منه ظاهرة في عدم ثبوت الخيار بالغبن ، وما ذكره المصنف من المعنى ظاهر أيضا ، فإن المبيع لا عيب فيه ، ولا تدليس . لأن الفرض كذلك فانتفى موجب الخيار .

وقال أصحابنا : لا يثبت الخيار بالغبن سواء أفتاحش أم لا . وإن اشترى زجاجة بثمن كثير وهو يتوهمها جوهرة فلا خيار له ولا نظر إلى ما يلحقه من الغبن لأن التقصير منه ، حيث لم يراجع أهل الخبرة . ونقل المتولى وجها شادا أنه كسراء الغائب ، ويجعل الرؤية التي لا تفيد المعرفة ولا تنفي الغرر كالمعدومة . قال أصحابنا : وثبوت الخيار في المعيب للنقص لا للغبن ، ولهذا لو كان مع العيب يساوى أضعاف ثمنه ثبت له الرد ، ولو تعيب في يد البائع ثبت الخيار . ولو نقصت قيمته بانخفاض الأسواق فلا . ويخالف تلقى الركبان لأن هناك وجه منه تغرير بالاخبار عن السعر على خلاف ما هو . ولا طريق إلى الاستكشاف .

ويخالف الغبن في مسألة الرابحة لأن هناك علق العقد الثاني بالأول ، والمخالف لنا في هذه المسألة مالك وأحمد وأبو ثور ، أما مالك فقال : أن غبن بأقل من الثلث فلا خيار له ، وإن كان بالثلث أو أكثر فله الخيار . هكذا نقل أصحابنا عنه ، وهو قول بعض أصحابه . قال القاضي عبد الوهاب : ولم يجد مالك في ذلك حدا ، ومذهبه إذا خرج من تغاين الناس في قبيل تلك السلعة ، ثم أصحابنا نقلوا هذا مطلقا ، وشرطه عند المالكية أن يكونا أو أحدهما غير عارف بتقلب السعر وتغيره في عقده ، فإن كانا جميعا من أهل البصر بتلك السلعة وأسعارها في وقت البيع فلا خيار ، سواء أكان الغبن قليلا أو كثيرا . قاله القاضي عبد الوهاب .

وأما أحمد فقال : ان كان المشتري مسترسلا غير عارف بالبيع ،
 واذا عرف لا يعرف ثبت له الخيار بالغبن ، وان كان من أهل المعرفة
 لو تأمل فيه لعرف أن قيمته لا تبلغ ذلك المبلغ فلا خيار له . وأما
 أبو ثور فأطلق عنه النقل باثبات الخيار وأنه ان فانت السلعة رجع
 المغبون بقدر الغبن ونقل ابن المنذر عنه أن البيع — فيه غبن لا يتعابن
 الناس بمثله — فاسد ، وهذا النقل عنه أثبت عندنا من الأول .

ونقل أصحابنا عن المالكية أنهم احتجوا بحديث «لا تلقوا الركبان»
 وكونه أثبت الخيار بالغبن ، وبحديث «لا ضرر ولا ضرار» ، وبالمقياس
 على الغبن بالبيع ، وأجاب الأصحاب عن الأول بأن الخيار ثبت للتغريب ،
 فان المشتري غره . وعن الثاني بأننا نقول بموجبه ، وعن الثالث بأن
 خيار العيب لم يكن للغبن ، بل لاقتضاء البيع السلامة ، وبأن العيب
 يستوى فيه الموجود عند العقد والحادث قبل القبض وههنا لا خيار
 اذا حدث نقصان القيمة قبل القبض اتفاقا بأن العيب لا فرق فيه
 بين الثلث أو أقل أو أكثر ، وهم لا يقولون به هنا ، وقد قال أصحابنا :
 يكره غبن المسترسل ، واطلاق الكراهة في ذلك محمول على ما اذا لم
 يستنصحه المسترسل ، أما اذا استنصحه فيجب نصحه ، ويصير غبنه
 اذ ذاك خديعة محرمة ، هكذا اعتقده من غير نقل .

والمنقول عن مذهبنا ومذهب أبي حنيفة من القول بلزوم العقد
 لعله لا ينافي التحريم ، أو محمول على ما اذا لم يستنصحه كما تقدم ،
 قال ابن المنذر : وقال بعضهم : كل بيع باعه رجل من مسترسل واختدعه
 فيه ، أو كذبه فالمشتري في ذلك بالخيار اذا تبين له ذلك .

(فرع) فيما نتوهم أنه عيب ، وليس بعيب لا رد فيه ، فكون
 الرقيق رطن الكلام أو غليظ الصوت أو يسيء الأدب أو ولد زنا ، خلافا
 لأبي ثور ، وسواء أكان مجلوبا أو مولدا خلافا لأبي حنيفة ، ولا يكونه
 يقتل النفس أو بطلء الحركة أو فاسد الرأي أو حجاما أو أكولا أو قليل
 الأكل بخلاف الدابة في قلة الأكل بحيث ترد وعن القاضي حسين الا أن
 تكون قلة أكل العبد لعله . ولا يحتاج الى ذلك لأن تلك العلة كافية
 في الرد ولا يكون الأمة عقيما وكون العبد عنيئا ، وعن الصيمري اثبات

الرد بالتعنين وهو الأصح عند الإمام . ولا يكون الرقيق ممن يعتق على المشتري ولا تكون الأمة أخته أو غيرها ممن يحرم عليه من الرضاغة أو النسب كما قاله القاضي حسين والماوردي والبيهقي وغيرهم أو المصاهرة حابنه أمراته أو موطوءه أبيه أو ابنه . بخلاف المحرمه والمعتدة ، لأن التحريم هناك عام فقتل الرغبة . وهنا خاص به ، وإن وجب رواه ابن كنج يلحق ما نحن فيه بالمحرمه والمعتدة . حواه الرويانى فى موطوءة الأب وضعفه .

وقد تقدم عن الصيمرى اثبات الخيار فيما إذا بان أن العبد أخو المشتري أو عمه ، وقياسه بغير شك أن يقول هنا فيما إذا بان أخته من النسب بالخيار ، وهو موافق فى الرضاع على عدم الخيار . وكذلك فى المصاهرة . ولا أثر لكونها صائمة على الصحيح . وفيه وجه (قال) الرافعى ضعيف . وقال النووى باطل . ولو وجد العبد غاسقا قال الرويانى : لا خيار بالاجماع . قال ذلك عند الكلام مع الحنفية فى الكفر ، وينبغى أن يقيد ذلك ، فإن من أسباب الفسق ما يرد به ، وقد تقدم كثير منه .

قال ابن الرفعة : انه إذا كان العبد مرتدا حال العقد وقد تاب قبل العلم لا يرد به على المذهب ، يعنى فى ارتفاع العيب قبل العلم به . وفيه نظر — لأن ذلك قد ينفر عنه لتوهم سوء سريرته . والأولى ما قاله فى الحاوى فى كتاب الرهن أن ذلك عيب فى الحال . قال ابن الرفعة بعد حكاية ذلك : وأما إذا قلنا انه ليس بعيب فهل له الرد به ؟ فيه وجهان . وهذا كلام عجيب . كيف يكون له الرد بما ليس بعيب . ولو اشترى شيئا فبان أن بائعه باعه بوكالة أو وصاية أو ولاية أو أمانة حاكم ، فهل له الرد لخطر فساد النيابة ؟ فيه وجهان حكاهما الماوردى . قال النووى : (الأصح) لا رد .

ولو اشترى شقصا من عقار على ظنه أن الباقي للبائع فبان أنه لغيره وأن له الشفعة فلا خيار له لعدم الضرر على تقدير الأخذ أو الترك . قال المتولى : ولو كان الرقيق أصلع . قال القاضي حسين فلا رد بخلاف الأقرع ، وفيه نظر ، وقد تقدم بأنه لا رد بكون الرقيق

في ذمته مال وكذلك قاله الماوردي . قال : وقال العراقيون : له الرد ، وليس بصحيح وأراد بالعراقيين أبا حنيفة وأصحابه . فنبتت على ذلك لتلايتوهم من لا معرفه له أنهم العراقيون من أصحابنا .

ولو اشترى غلوسا فكسرت قبل القبض ، ومنع السلطان المعاملة بها لم يفسخ العقد ، خلافا لأبي حنيفة . قاله في العدة ونقله العمراني عنه . فهدده جملة مما يرد به وما لا يرد ، ولم أذكر منها شيئا الا منقولاً ، ولا سبيل الى حصولها ، وفي الضابط المتقدم كفاية .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى عبدا بشرط أنه كاتب فوجده غير كاتب ، أو على أنه يحسن صنعة فوجده لا يحسن ، ثبت له الرد لأنه أنقص مما شرط فجاز له الرد) .

(الشرح) هذا الفصل للسبب الثالث من أسباب الخيار ، وهو اخلاف ما ظن بالالتزام الشرطي ، والغزالي يرى أنه الأصل للسببين الماضيين ، وهما التغيرير الفعلي وانقضاء الغرض . وقد تقدم الكلام في ذلك ، وقد بنى المصنف كلامه على صحة البيع مع خلف الشرط ، وذلك هو المشهور عندنا وعند جمهور العلماء ، وقد تقدم أن الحناطى حكى قولاً غريباً أن الخلف في الشرط يوجب فساد البيع والتفريع على المشهور ، فإذا شرط أنه كاتب أو يحسن صنعة فخرج بخلاف ذلك ثبت له الرد . وقول المصنف « لأنه أنقص مما شرط » أى فصار كالمعيب الذى يخرج أنقص مما اقتضاه العرف ، ولهذا يعبر الغزالي وغيره بخيار النقيصة في الأسباب الثلاثة المذكورة في هذا الباب . واكتفى المصنف بالأمثلة عن الضابط وقد ذكر الامام والغزالي والرافعى ضابطاً . واختلفت عباراتهم فيه ، وجملته أن الصفات على ثلاثة أقسام :

(الأول) التى تتعلق بها زيادة مالية يصح التزامها ويثبت الخيار بالخلف فيها (الثانى) ما يتعلق بها غرض صحيح غير المال ، والخلف فيها يثبت الخيار وفقاً أو على خلاف فيه ، وذلك تحت قوة الغرض

وضعه . هكذا قال الرافعي . وأطلق الامام والغزالي جريان الخلاف في هذا القسم (والثالث) ما لا تتعلق به ماله ولا غرض مقصود ، فاستراطه لغو ولا خيار يفقده ، واجاد النووي في البروضة فجعلها قسمين (أحدهما) يتعلق به غرض مقصود والخلف فيه يثبت الخيار وعاشا او على خلاف .

(والثاني) لا يتعلق به غرض مقصود فاستراطه لغو . وهذه العبارة أولى فانه قد يفوت الغرض دون المال ، ويثبت الخيار قطعا ويفوت المال دون الغرض ، فيجري الخلاف كما يأتي في الخصي والفحل .

فالمعتبر الغرض وبفوته يحصل الوفاق ، وبضعفه يحصل الخلاف ، وبانتفائه بالكلية يقطع بعدم الخيار ، ومسائل الفصل منزلة على هذا الضابط . فالمثالان اللذان ذكرهما المصنف هنا من القسم الأول يفوت بهما مالية وغرض قوى . وكذلك لا خلاف فيهما . قال الأصحاب : ويكفي أن يوجد من الصفة المذكورة ما ينطلق عليه الاسم ولا يشترط النهاية فيها . بقى شرط الكتابة عند الاطلاق يكفي اسم الكتابة وان لم يكن مستحسنا . ولو شرط حسن الخط . فان كان غير مستحسن في العادة فله الخيار . وان كان مستحسنا فلا خيار له .

قال صاحب التتمة : والكلام في كون هذا الخيار على الفور . وفي كيفية الفور على ما تقدم في العيب سواء . ممن صرح بهذا صاحب التهذيب ، وان اختلفا فقال المشتري : اشتريت بشرط الكتابة . وأنكر البائع تحالفا ، وقيل القول قول البائع مع يمينه . قاله في التهذيب .

(فرع) قال القاضي حسين : ولو شرط أنه حجام فأخلف ثبت الخيار ، وان كان صادقا في جملة الحرف غير الحجامة .

واعلم أن هذا الفرع الذي ذكره القاضي يحتمل أن يكون مجزوما به ، ويدل ذلك على أنه لا عبرة بزيادة المالية من جهة أخرى ، مع فواتها من الجهة المشروطة وكذلك شرط الكتابة قد يخلف ويكون متصفا

بصفات تزيد على قيمة الكتابة فلا يمنع ذلك من قولنا انه غات غرض
ومالية ، على انى نبهت ان الاجود اعتبار قوة العرض وضعف دون
اعتبار المال ، والعرض قد يتعلق بصفه ود يقوم غيرها مقامها وان
حسن اصل منها من جهة اخرى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان استراه على انه فعل فوجده حصيا ثبت له الرد ، لأن الخصى
انقص من الفحل في النسخة والبطش والعمور ، وان شرط انه خصى
فوجده فحلا ثبت له الرد ، لأن انفصل دون الخصى في السن والدخول
الى الحرم) .

(التشرح) مسأله الاولى لا خلاف فيها لفوات العرض القوى ،
وان نادى المالية . قال القاضي حسين : وان كانت قيمته اضعاف
قيمة الفحل ، ولا غرق في ذلك بين العبد وغيره من الحيوان ، والثانية
ذكر الراغبي عن أبى الحسن العبادى أنه لا رد فيها ، لأن الفصوله
فضيلة ، والصحيح ما ذكره المصنف بفوات المال والغرض جميعا ،
وجريان الخلاف فيها مع فوات المال يدل لما قدمته من حسن عبارة
النووى ، وأنه ليس كل ما تفوت به مالية نقطع فيه بثبوت الخيار .
بل قد يفوت المال مع جريان الخلاف كما في هذه الصورة وقد لا يفوت
المال ويحصل الوفاق كما في الصورة الاولى .

وكلام المصنف يشعر بأنه يرى جواز دخول الخصى على الحرم .
والذى قاله الراغبي في كتاب النكاح في النظر : ان الخصى الذى بقى
ذكره ، والمجبوب الذى بقى أنثياه كالفحل وفي المسوح (وجهان)
الأكثر أن كالمحرم ، فعلى هذا ما ذكره المصنف من أن انفصل دون
الخصى في الدخول على الحرم ، والا فهو أضعف في العمل ، فان كان
المصنف أطلق الخصى على المسوح استمر كلامه . وكذلك غيره من
الأصحاب حيث أطلق هذا الحكم ، والا فمتى شرط أنه خصى بالمعنى
المذكور في كتاب النكاح فحلا ، ينبغي أن لا يثبت الرد ، لأنه لم
يفت غرض (والظاهر) أن المصنف والأصحاب هنا إنما أرادوا بالخصى
هنا المسوح ، لأنه في العرف يطلق عليه كثيرا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشتراه على أنه مسلم فوجده كافرا ثبت له الرد ، لأن الكافر دون المسلم في الدين) •

(الشرح) هذه أيضا لا خلاف فيها لفوات الغرض المقصود القوى ، وان كانت المسالية قد لا تفوت ، بل تكون أكثر ، كما اذا شرط أنه فعل فخرج خصيا • وكذا لو شرط تهود الجارية أو تنصرها فبانت مجوسية • قاله المتولى والرافعى • لو اشتراه على أنه مجوسى فكان يهوديا • قال الرويانى : يثبت الخيار • وقيل : ان كانت لا تنقص قيمته في العادة لا خيار ، وان كانت تنقص بأن كانت الغالب المجوس في تلك الناحية يثبت الخيار ، وهو قول صاحب التتمة ، ولا فرق في هذا الفصل بين العبد والأمة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما ثبت له الرد ، وقال المزنى : لا يثبت له الرد ، لأن المسلم أفضل من الكافر ، وهذا لا يصح ، لأن المسلم أفضل في الدين ، الا أن الكافر أكثر ثمنا لأنه يرغب فيه المسلم والكافر ، والمسلم لا يشتريه الكافر) •

(الشرح) المذهب ثبوت الرد في ذلك ، وبه قال أحمد لا لنقيصة ظهرت ، ولكن لأنه قد يكون غرضه التجارة ومالية الكافر أكثر ، لما ذكره المصنف ، وما نقله عن المزنى نقله عنه القاضى أبو الطيب وغيره ، وبه قال أبو حنيفة ، ومن أصحابنا من وافق المزنى في ذلك • ورأى مذهبه قولاً مخرجا معدودا من المذهب وحكى ذلك الامام في كتاب النكاح ، وهناك تكلم المزنى عليها في المختصر • وان تزوجها على أنها كتابية فاذا هي مسلمة لم يكن له فسخ النكاح ، لأنها خير من الكتابية • قال المزنى : هذا يدل على أن الأمة اذا اشتراها على أنها نصرانية فاذا هي مسلمة لا خيار ، واذا اشتراها على أنها مسلمة فاذا هي نصرانية له أن يردها في قياس قول الشافعى •

ولي المسلمه وجه ثالث أنه إن كان مرييا من بلاد الكفر ، أو في
 ماضي، حسب أنها الدميون ، ثبت الخيار ، ولا ضرر ، وهو اختيار القاضي
 حسين ، وختم الحرم الشافعي على ذلك ، وقد جمع الإمام الأوجه الصريح
 في كتاب السراج ، وذكر الإمام في الانحصار بسون المردى أن القيمة
 إن كانت نريد بين وجه رغبة الخمار قبلت رغبة باطلة مستندة الكفر
 ونسبته واعتناء دولة حسا ، فيجوز أن سون من الزيادة بمثابة من
 يحمر .

قال الإمام : وبخيه الحرم أن هذا العبد لو اتلف فمذهب جماهير
 الأصحاب أنه يجب على المثلث أن يعمر قيمته اعتبارا بما بطلت به ،
 وإن خالف باخر لما يسرى به المسلم ، وذهب المزني ومن يوافقه إلى أن
 الرائد لا يضمن لما اشترى اليه ، وهو بمثابة ازدياد قيمة الجارية بان
 معتبر عوده ، فإذا يخاف يخفى أن القيمة تزداد في المعية في العادة
 ضمت ما تدون الجارية الناسخه ، ومن استراسا لم يعترض عليه ،
 فإن اشترى يرد على عينها ولحق لو اتلفت لم يضمن منمها إلا قيمه ملها
 لو كانت لا تحسن العناية ، هذا كلام الإمام في كتاب المنهاج ، مع أنه
 في كتاب البيع استبعد القول بعدم تبوت الخيار مطلقا كما هو مذهب
 المزني ، واحصار الوجه الثالث ، وما ذكره في الانحصار لقول المزني جوابه
 أن زيادة قيمة الكافر ليست للرغبة في كفره ، بل لخثرة طلابه ، فإن
 المسلم لا يتمكن الكافر من شرائه ثم قال الإمام هنا : أن هذا إذا كان
 الكافر أكثر قيمة ، فإن لم يكن الأمر كذلك فحلف الشرط غيه بمثابة
 حلف الشرط في الثيابه والبكارة والجودة والتوسط ، وهذا كأنه قال
 على ما اختاره ، ويحتمل أن يكون تقييدا للمسألة وجريان الخلاف فيها .

(فرع) هذه المسألة أيضا مما يشهد لرجحان عبارة النووي على
 عبارة الرافعي وغيره لجريان الخلاف فيها مع فوات الغرض المعلق
 بزيادة ماليته ، ووجه جريان الخلاف فيها ضعف الغرض عند المزني ،
 وانغماره بالنسبة إلى ما في الاسلام من الفضل ، والكلام والخلاف
 في هذه المسألة يقرب من الخلاف فيما إذا شرط أنه خصى فهو جده فحلا ،
 والمخالف هنا أبو الحسن العبادي ، فيحتمل أن يكون العبادي يوافق
 المزني هنا ، والمزني يوافقه هناك ، ويحتمل ألا يكون كذلك ، ويفرق

كل منهما (أما) العبادى فان الخصاء عيب عند الاطلاق ففواته كمال ؛
والكفر عند الاطلاق لا يرد به (وأما) المرنى فلان فضيته الاسلام
عظيمة لا يوازنها شئ فيجبر ما فات من العرض المالى اليسير بخلاف
الفحوة فان العرض فيها وقى الخصاء متقاربان فيتبع ما شرطه •

(فرع) الفرق بين البيع والنكاح حيث لم يثبت الخيار في
النكاح على الاصح أن النكاح بعيد عن قبول الخيار ولهذا لم يثبت فيه
خيار المجلس ولا خيار الشرط ، وهذا الفرق انما يحتاج اليه اذا قلنا
بصححة النكاح وهو الاظهر ولنا قول آخر انه غير صحيح لاعتماد
الصفات فتنتفى المسألة •

(فرع) صورة مسألة الكتاب فيما اذا كان المشتري مسلما
والبائع مسلما فلو كان المشتري كافرا اكتفت على شراء الكافر للمسلم
(والاصح) فسادده • ولو كان البائع كافرا ففي رد العبد المسلم عليه
بالعيب خلاف (الاصح) جوازه فيأتى فيه ايضا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى جارية على أنها بكرأ فوجدتها ثيبا ثبت له الرد ، لأن
الثيب دون البكر) •

(الشرح) هذا لا خلاف فيه لفوات الغرض ونقصان المالية ،
وهى من القسم الأول لشرط الكتابة وحسن الصنعة ، والمشهور أنه
لا فرق بين أن تكون الجارية المشتراة بهذا الشرط مزوجة أو غير مزوجة •
وعن أبى الحسين أن أبا اسحاق قال : لا خيار اذا كانت مزوجة ،
لأنها وان كانت بكرا فلاقتضاخ مستحق للزوج ولا غرض للمشتري
في بكارتها (والصحيح) الأول ، لأن الزوج قد يطلقها أو يموت فيحصل
له ذلك •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن اشتراها على أنها ثيب فوجدها بكرًا لم يثبت له الرد لأن البئر أفضل من الثيب ، ومن أصحابنا من قال : يثبت له الرد ، لأنه قد يكون ضعيفا لا يطبق وطء البكر فكانت الثيب أحب إليه ، والمذهب الأول ، لأنه لا اعتبار بما عنده وإنما الاعتبار بما يزيد في الثمن والبئر أفضل من الثيب في الثمن) •

(الشرح) القول بأنه لا يثبت الرد وهو الأصح عند القاضي أبي الطيب والرافعي وغيرهم ، والوجه الآخر مستنده ما ذكره المصنف ، وهذه المسألة الفاتت فيها الغرض دون المالية ، فهي تشارك في ذلك شرط الفحولة والاسلام لكن في تينك المسألتين لا خلاف أن الخلف مثبت للخيار لقوة الغرض ، وههنا الغرض ضعيف ، فإنه خاص به وليس بعام ، وكان شرطه السبوط في الشعر أو البياض ، فيخرج جمدا أو أسود في كل منهما خلاف كمسألتنا هذه • الصحيح أنه لا رد في المسائل الثلاث كما لو شرط كون العبد أميا فبان كاتبا ، أو كونه فاسقا فبان عفيفا •

ولو شرط الجعود والسواد فبان سبطا أو أبيض • فثبت الخيار وجها واحدا ولو شرط البكارة فأنثت ثيبا ، وإن استنكرت اشتراط الجعود وغيرها في الشعر من جهة أن الشعر يجب رؤيته (فالجواب) عنه قد تقدم في أول الباب عند قول المصنف : إذا اشترى جارية وقد جمعد شعرها ثم بان أنها سبطة ، ولو أنه اشترى على أنه عدل فبان فاسقا ثبت الخيار وعكسه لا خيار بلا خلاف ، قاله الرويانى •

(فسر) لو شرط كونه مختونا فبان أقلف فله الرد ، وبالعكس لا رد • قال في التتمة : إلا أن يكون العبد مجوسيا ، وهناك مجوس يشترون الأقل بزيادة • فله الرد ، وقد تقدم هذا وسؤال عليه قريبا ، ولو شرط كونه أحرق أو ناقص الخلقة فهو لغو ، وهو من القسم الأخير الذى لا مالية فيه • ولا غرض مقصود •

(فرع) اذا ظهر الخلف في "صفة المشترطة" ، وقد تقدم لمسح العقد بهلاك أو حدوث عيب ، فله أخذ الأرض على التفصيل الذي تقدم ، قاله صاحب التتمة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باعه حيوانا على أنه بفعل فوجده حمارا ، أو على أنه حمار فوجده بغلا ففيه وجهان (أحدهما) أن البيع صحيح ، لأن العقد وقع على العين ، والعين موجودة ، فصح البيع وثبت له الرد ، لأنه لم يجده على ما شرط (والثاني) أن البيع باطل ، لأن العقد وقع على جنس فلا ينعقد في جنس آخر) .

(الشرح) الشروط المتقدمة كانت في الصفات ، ولا شك أن تبدل الصفة والخلف أسهل من ذلك في الجنس ، فذكر المصنف هنا اشتراط الجنس ، ومثل بالمثاليين المذكورين ليعلم أنه لا فرق بين أن يجده أعلى من الجنس الذي شرطه أو دونه ، وفيها جميعا وجهان ، وقد حكيتها وأطلقت الكلام فيها في باب الربا في الصرف العين (والمذهب) الصحيح المنصوص البطلان — والوجه الآخر محكى عن صاحب الافصاح .

ولو باعه على أنه ذكر فبان أنه جارية . قال العمراني في الزوائد : صح البيع وله الخيار في أحد الوجهين . وقال أبو حنيفة : لا ينعقد ، وقد سبق في باب الربا عن الماوردي البطلان ، وذكر الرافعي في كتاب النكاح فيما إذا قال : بعتك فرسى هذا ، وهو بغل ، أن الظاهر الصحة ، وهو يخالف ما قدمناه في باب الربا وكذلك قال عن الروياني في البحر أنه لو قال : زوجتك هذا الغلام وأشار الى ابنته صح النكاح . ولو باعه عبدا على أنه تركي فاذا هو من جنس آخر فهو من اختلاف الوصف ، فالبيع صحيح ، قاله الامام في باب بيع الغرر .

اذا عرف ذلك (فان قلنا) في اختلاف الجنس بالبطلان فلا كلام . وان قلنا : العقد صحيح ، وثبت الخيار فقد أطلقوا ذلك سواء أكان ذلك أجود أم أردأ ، كما نبه المصنف بالمثاليين عليه . ولو قيل : انه

إذا خرج أجود يكون كما لو شرط أنها ثيب فخرجت بكرا لم يبعد ،
لأن القول هذا على الأجناس والصفات •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان اشترى ثوبا أو أرضا على أنه عشرة أذرع فوجده تسعة فهو بالخيار بين أن يأخذه بجميع الثمن وبين أن يرده ، لأنه دخل في العقد على أن تسلم له العشرة ، ولم تسلم له فثبت له الخيار ، كما لو وجد بالمبيع عيبا • وان وجده أحد عشر ذراعا ففيه وجهان (أحدهما) أن البائع بالخيار بين أن يفسخ البيع وبين أن يسلمه بالثمن ويجبر المشتري على قبوله ، كما أجبرنا البائع إذا كان دون العشرة • (والثاني) أن البيع باطل لأنه لا يمكن إجبار البائع على تسليم ما زاد على عشرة ، ولا إجبار المشتري على الرضا بما دون الثوب والمساحة من الأرض ، لأنه لم يرض بالشركة والتبعض ، فوجب أن يبطل العقد ، فان اشترى صبرة على أنها مائة قفيز فوجدها دون المائة ، فهو بالخيار بين أن يفسخ لأنه لم يسلم له ما شرط ، وبين أن يأخذ الموجود بحصته من الثمن ، لأنه يمكن قسمة الثمن على الأجزاء لتساويها في القيمة ، وبخالف الثوب والأرض لأن أجزاءها مختلفة فلا يمكن قسمة الثمن على أجزائها لانا لا نعلم كم قيمة الذراع الناقصة لو كانت موجودة لتسقطها من الثمن ، وان وجد الصبرة أكثر من مائة قفيز أخذ المائة بالثمن وترك الزيادة ، لأنه يمكن أخذ ما عقد عليه من غير أضرار) •

(الشرح) الذراع فيه لغتان التذكير والتأنيث كما ذكره جماعة من أهل اللغة وقال سيبويه : الذراع مؤنثة فعلى لغة التذكير جاء قول المصنف عشرة أذرع ، فوجده تسعة ، وعلى لغة التأنيث عشر أذرع فوجده تسعا •

(أما الأحكام) فاعلم أنه تقدم الكلام في خلف الشرط في الصفة والجنس ، والكلام الآن في المقدار • وذكر المصنف فيه قسمين (أحدهما) ما يكون قسمة الثمن على المبيع فيه بالقيمة (والثاني)

ما يكون بالأجزاء وقسم كلا من الغسمين الى ما يحصل الخلف فيه بالنقصان ، والى ما يحصل بالزيادة فهي أربع مسائل ، وطريقة العراقيين في ذلك تحتاج الى تأويل وفكر . وأنا ان شاء الله تعالى أذكر طريقهم وطريق غيرهم في ذلك ثم أبين وجه الاشكال ثم أردفه بما ييسره الله تعالى .

(الطريقة الأولى) التي ذكرها المصنف وجمهور العراقيين ، منهم القاضي أبو الطيب القطع بالصحة في حالة النقصان في المتقوم والمثل مع ثبوت الخيار للمشتري ، والقطع بالصحة في حالة الزيادة في المثل في القدر المشروط خاصة بلا خيار ، والتردد في الزيادة في حالة المتقوم ، هل يصح ويكون للبائع الخيار ، وهو الأصح أو يبطل ؟ وهذه الطريقة هي التي أوردها القاضي حسين في آخر باب الشرط الذي يفسد البيع ، وفرضها في الثوب خاصة ، وصحها الشافعي ، وعلى هذه الطريقة الصحة في القدر المشروط من المثل بحصته من الثمن قولاً واحداً . وأما المتقوم فجمهورهم على أنه اذا أجاز يجيز بجميع الثمن . واختلف كلام القاضي أبي الطيب ، ففي التعليق وافق ذلك : وفي المجرّد قال : يجب بالقسط . قال ابن الصباغ : والأول أصح .

(الطريقة الثانية) ذكرها الشيخ أبو حامد ولم يصرح بها الا في الثوب خاصة قال : لو قال : بعثك هذا الثوب وهو عشر أذرع فخرج تسعا ثبت الخيار للمشتري في أن يمسك بكل الثمن أو يرد . ولو خرج احدى عشر فالمنصوص أن الخيار يثبت للبائع . ومن أصحابنا من خرج ههنا قولاً آخر أن البيع يبطل ، وهذا اذا قال له بعثك هذا الثوب وهو عشر أذرع ، وأما اذا قال بعثك على أنه عشر أذرع فخرج تسعا أو احدى عشرة ، ففي صحة البيع قولان ، كما لو تزوجها على أنها بكر فخرجت ثيباً . هكذا رأيت في تعليقه التي عندي بخط مسلم الداربي تلميذه ، مع أن الذي في التجريد للمحاملي يوافق ما ذكره المصنف والجمهور ، والتجريد مأخوذ من تعليقه البندنيجي عنه .

(الطريقة الثالثة) طريقة صاحب التقريب والخراسانيين والقاضي حسين على ما ذكرته في باب الربا ، والشيخ أبو محمد والامام والغزالي

والرافعي اطلاق الخلاف في حالتي النقصان والزيادة في المتقوم والمثلي ، وفرضها الامام في الأرض والقاضي حسين في الصبرة والغزالي في الصبرة أيضا ، والرافعي في الأرض ، ثم قال : ويقال بهذه المسألة ما اذا باع الثوب عن أنه عشر أذرع أو القطيع على أنه عشرون شاة ، أو الصبرة على أنها ثلاثون صاعا وحصل نقص أو زيادة • ومنهم من يحكي الخلاف في ذلك وجهين ، وأكثرهم يحكيه قولين •

(وأظهرهما) عندهم الصحة تغليبا للإشارة وتنزيلا لخلف الشرط في المقدار منزلة خلفه في الصفات ، وبهذا قال أبو حنيفة (والثاني) أن البيع باطل لأن قضية قوله بعثك هذه الأرض أن لا يكون غيرها مبيعا وقضية الشرط أن تدخل الزيادة في البيع ، فوقع التضاد وتعذر التصحيح ، فعلى طريقة هؤلاء (ان قلنا) بالبطلان فذاك (وان قلنا) بالصحة ففي حالة النقصان أن يكون الخيار للمشتري ، واذا أجاز فهل يجيز بجميع الثمن أو بالقسط ؟ فيه قولان (أظهرهما) هنا الأول بخلاف نظائره من تفريق الصفقة • وفي حالة الزيادة اختلف هؤلاء في الصبرة ، هل تكون الزيادة للبائع أو للمشتري ؟ على وجهين حكاها صاحب التتمة وغيره واقتضاء كلام صاحب التتمة التسوية بين الأرض وبينها ، لكن في كون الزيادة للبائع في مسألة الأرض والثوب اشكال لابهام المبيع ، وسيأتي في كلام الماوردي ما يدفع هذا الاشكال وينبغي أن يحمل على الاتساع لكنه مشكل من جهة أخرى ، فاذا قلنا : الزيادة للبائع في مسألة الصبرة أو في الجميع ان أمكن القول به ، فهل للمشتري خيار ؟ وجهان •

(أحدهما) نعم لأنه لم يسلم له المشار اليه (والثاني) لا ، لأنه شرط عشرة وقد سلمت له ، وهذا موافق لما قاله المصنف في الصبرة •

(وان قلنا) الزيادة للمشتري فلا خيار له ، ولم يذكر الرافعي غير هذا • وهل يثبت الخيار للبائع ؟ فيه وجهان (أحدهما) نعم • وهذا هو القول الأول الذي ذكره المصنف في الثوب والأرض في حالة الزيادة ، وهو الذي صححه فيها ابن أبي عصرون وغيره ، فاذا أجازا

كانت كلها للمشتري • ويطلبه للزيادة بشئ (والثانى) واختاره صاحب التهذيب أنه لا خيار للبائع ، ويصح البيع فى الجميع بجميع الثمن ، وينزل شرطه منزلة شرط كون المبيع جيفا فيخرج سليما لا خيار له فإذا قلنا بالصحيح فقال المشتري : لا نفسخ فأنا أقنع بالقدر المشروط شائما ولك الزيادة • فقد حكى صاحب التقريب فى ذلك قولين ، وحكماهما غيره وجهين (أظهرهما) أنه لا يسقط • ورجح ابن سريج السقوط فى جوابات الجامع الصغير لمحمد (١) ولو قال : لا تفسخ حتى أزيدك فى الثمن لما زاد لم يكن له ذلك • ولم يسقط به خيار البائع بلا خلاف • هذا تهذيب الطرق المنقولة • وأما بيان الاشكال والترجيح بين الطرق فنتوقف على مقدمات •

(أحدهما) أن هذه المسألة يتجاوز بها أربعة أصول مستفادة من كلام الامام رحمه الله فى باب النهى عن بيع الغرر (أحدهما) خلف شرط جنس المبيع • والصحيح البطلان (والثانى) خلف شرط الوصف فيه والتفريع على الصحة • ولا تفريع على القول القريب الذى حكاه الحنطلى (والثالث) خلف شرط الصفة فى النكاح ، وفيه قولان (أظهرهما) الصحة (والرابع) تفريق الصفة من جهة الحاق القدر بالجزء على ما سألينه •

(الثانية) أن الغرض المتعلق بجنس المبيع قوى جدا ، فان الجنس هو الأصل والمقادير والأوصاف تطرأ عليه وتزول ، فإذا أخلف فالصحيح البطلان لفوات مورد العقد ، وليس ذلك نظرا الى العبارة فقط ، بل لمجموع الاشارة والعبارة ودلالتهما على ما ليس بموجود ، والتعليل الآخر ينظر الى الاشارة وحدها ، ويلغى العبارة وهو بعيد وأما الوصف فى المبيع فليس فى هذه الرتبة وان كان مقصودا ، ولكنه قد يطرح ويغتفر ومورد العقد هو الجنس المعين فذلك عند فوات الوصف لم يبطل المبيع • وأما المقدار فالغرض يتعلق به أكثر من الوصف وأقل من الجنس فهو متردد بينهما وله شبه بالجزء ، لأن المقدار يصح أن يكون موردا للعقد بخلاف الوصف فى النكاح من

(١) يعنى محمد بن أحمد الدارمى • (المطيعى) •

جهة أن الغرض الأعظم في المنكحة الأوصاف (الثالثة) قد عرفت بهذه المقدمة الثانية انحطاط الغرض في المقدار عن الجنس . وذلك يوجب أن هذه المسألة أولى بالصحة من تلك ، ثم أن ألحقنا المقدار بالوصف في البيع اقتضى الصحة في جميع الصور ، وأنه عند ظهور الزيادة لا يكون للبائع خيار . كما قاله صاحب التهذيب .

وإن ألحقناه بالوصف في النكاح وجب أن يجرى الخلاف في حالة النقصان في المتقوم والمثلى ، وأن يصح حالة الزيادة فيهما من غير خيار ، والعراقيون قطعوا بالصحة حالة النقصان ، وقطعوا في زيادة المثلى بالصحة ، وأن الزيادة للبائع ، وترددوا في زيادة المتقوم ، وهذا السؤال كما أنه وارد على العراقيين هو وارد على الخراسانيين في قول بعضهم : أن الزيادة للبائع ، وقول بعضهم : أنها للمشتري وللبائع الخيار . كما قاله الرافعي فإن الوصف ليس هكذا ، بل إذا خرج زائداً كان للمشتري قطعاً بغير خيار ، فما مشى على جعله كالوصف من كل وجه إلا صاحب التهذيب على أنه يلزمه أن يقول عند النقصان : أنه إذا أجاز في المثلى يجيز بكل الثمن ، وما أظنه يقول به .

وإن ألحقنا المقدار بالجزء ففي حال النقصان قد اقتضى الشرط ادخال شيء مع الموجود في البيع ، فكأنه باع موجوداً ومعدوماً فخرج على تفريق الصفقة ، وينبغي على هذا البطلان على الأصح في تفريق الصفقة أنه إذا جمع بين معلوم ومجهول يبطل ، فإن المعدوم لا يعرف قيمته ، وفي حال الزيادة والاشارة شاملة للجميع ، والعبارة في الشروط مخرجة للزائد فيبطل فيه ، وفي الباقي قولاً تفريق الصفقة وينبغي على هذا أنه في المثلى يصح على الأصح ، وفي المتقوم يبطل الإبهام فإنه غير مميز ولا يمكن تقويمه ، وهذا أيضاً وارد على العراقيين — أما العراقيون فظاهر لفظهم بالصحة في الصور الثلاث . وتصحيحهم الصحة في الصورة الثانية — وأما الخراسانيون فلأنهم يصححون الصحة في الجميع ، مع إجراء الخلاف .

وقال الامام بعد ذكره الأصول المذكورة : أن خلف المقدار في البيع أولى بالخلاف من خلف الصفات في النكاح (قال) والبيع أقبل للفساد

بالشرط ، ثم قال الامام : فالذى يقتضيه الترتيب بعد تمهيد ما ذكرناه ترتيب مسألتنا في الصحة والفساد على التفريق في الصفة ، وهذه المسألة أولى بالصحة ، وان رتبناها على خلف الصفات في النكاح فمسألتنا أولى بالفساد ، قال : والذي به الفتوى صحة البيع ، هذا كلام الامام ، وأما كلام الغزالي فانه اختار في حال الزيادة التخريج على تفريق الصفة ، وفي حالة النقصان التخريج على الاشارة والعبارة ومقتضى ذلك أنه عند الزيادة لا يصح في القدر الزائد قطعاً ، ويصح في الباقي على الأصح وهذا سيأتى له في الدبرة ، وهى التى تكلم فيها .

أما المتقوم فلا يأتى على هذا التخريج الآن فساده كما تقدم - وأما تخريجه في حالة النقصان على الاشارة والعبارة ، فالاشارة والعبارة مختلفة ، ففي الجنس اذا قال : بعتك هذه الشاة . وكانت بقرة الأصح البطلان ، والفتيا هنا على خلافه وفي النكاح اذا قال : زوجتك هذه عائشة فكانت فاطمة ، الأصح الصحة ، لكن مقتضاه أن يصح في جميع الصبرة ولم يقولوا به على الأصح ، وقد استشكل الامام قول العراقيين وقال : ذكر العراقيون هذه المسألة ، وحكموا بأن المساحة اذا نقصت عن المقدار المذكور صح البيع قولاً واحداً ، وان زادت ففي صحة البيع قولان ، ولا يكاد يظهر فرق بين النقصان والزيادة ، وطرد صاحب التقريب ، وسيجىء القولان في صورتين .

(قلت) وهذا على ما هو المشهور عن العراقيين ، وقد تقدمت طريقة عن الشيخ أبى حامد بأحد القولين في صورتين في الصيغة المرححة بالشرط ، فهذا تلخيص الاشكال في هذه المسألة ، وتلخيصه في ثلاثة اشكالات .

(أحدها) على المشهور عن العراقيين في فرقهم بين النقصان والزيادة ، وهو سؤال الامام ، وفي فرقهم في الزيادة بين المتقوم والمثلى .

(الثانى) على الشيخ أبى حامد في فرقه بين أن يقول : انها عشرة أذرع ، فيجرى القولان ، وبين أن يقول : وهى عشرة أذرع ، فيفرق

بين النقصان والزيادة ، وان كانت هذه الصيغة شرطا فينبغي الخلاف فيها ، أو لا فلا ينبغي الخلاف فيها .

(الثالث) عليهم وعلى الامام والخراسانيين أو زيادة الصبرة ، تكون عند بعضهم للبائع ، وقول الرافي وبعضهم انها للمشتري ، وللبيع الخيار ، وعلى الامام أعظم حيث اختار التخريج على تفريق الصفقة ، ومع ذلك اختار الفتوى بالصحة مطلقا ، وقد عرفت أن التخريج في بعض الصور يقتضي خلاف ذلك ، وصاحب التهذيب سالم من هذه الاشكالات ، لكن قوله مخالف للاكثرين .

إذا عرفت هذا فنقول : ان الشافعي رحمه الله نص في البويطي على ما نقله القاضي أبو الطيب وغيره من الأصحاب : على أنه اذا اشترى صبرة على أنها مائة كد فلم يصب الا خمسين ، فهو مخير ان شاء أخذها بحصتها ، وان شاء فسخ البيع فهذا النص يرد القول بالبطلان ، ويقتضي الصحة اما قطعا — كما قال العراقيون — واما أنه الراجح ، ويقتضي أيضا رد القول بأنه يخير بكل الثمن في المثل ، كما يقتضيه اطلاق الرافي ومن تقدمه من الخراسانيين ، فمن جهة اقتضائه الصحة يرد القولين بتخريجه على تفريق الصفقة ، والقول بالنظر الى العبارة وحدها وقطعها عن خلف الشرط في الجنس ، ومن جهة قوله : انه يجوز بالحصة يقتضي عدم إلحاقها باشتراط الوصف من كل وجه ، اذ لو كان كذلك لأجاز بالكل كما اذا اشترى شيئا على شرط السلامة أو زيادة وصف فخرج بخلاف ذلك .

فانه اذا أجاز لا يسقط من الثمن شيء ، وكان ذلك لما قدمته من ارتفاع الغرض في القدر عن الوصف ، وانحطاطه عن الجنس ، فجعل له حكم حصته وألحق في الصحة بالوصف من جهة أن الصبرة المشاهدة المعينة باقية بحالها ، فلم تكن كاخلاف الجنس وأثبتنا الخيار للمشتري لفوات غرض مقصود ، وألحق في الاجازة بالقسط بالجزء لشدة الغرض فيه ، ولم يجعل كتفريق الصفقة من جهة أنه لم يجعل موردا للعقد ، وانما أتى به على صورة الشرط والمبيع الصبرة المشاهدة لا الصبرة وشيء آخر ، فلذلك كان الحكم المذكور من الصحة والاجازة بالقسط مقطوعا به عند الكثير من العراقيين على وفق النص .

وقال أبو الطيب : أنه لا يختلف أصحابنا فيه وإذا ثبت الخلاف عند غيرهم فالاصح حدك الصبح ، كما صرحوا به ، واجازة بالقسط حراما لما يفهمه اطلاق الرافعي - هذا في حالة النقص اذا كان المبيع ميبيا ، فان كان متقوما فالصحة باقية لهذا المعنى ، والصحيح باء جازة بالقسط متعذر ، لانه لا يمكن قسمه الثمن على أجزائها كما قال المصنف ، فخيرنا المشتري بين الاجازة بالجميع والفسح واما في حالة الزيادة فيجب المحافظة على هدين المعنيين ، وهما اللاحق بالوصف من وجه ، وبأجزاء من وجه فمن جهة الحاق المقدار بالجزء يقتضى ان ذلك المقدار الزائد لا يسلم للمشتري كأوصاف السلامة اذا تيرط عدمها ، واثبت موجوده ، بل يكون هذا الزائد يبقى للبائع لانه مستقل ، يمكن ايراد العقد عليه فان امكن ذلك كما في المثلى ابقيت الزائد للبائع ، وقتنا الحاقه بالجزء لتعلق عرض البائع به كما يتعلق عرض المشتري به في حالة النقصان ، ويكون المقدار المشروط من المثلى للمشتري لتطابق الاشارة والعبارة عليه ، ولا يسقط من الثمن شيء لانه لم يقف عليه شيء مقصود وخروج بعض الصبرة المشاهدة مع حصول جنس المبيع وقدره الذى تعلق العرض به لا يزيد ، ولا يثبت خيارا ، لانه لم يفت غرض مقصود عن المشتري ، ولا محذور في ذلك ، فان المشتري يكون شريكا للبائع في الصبرة ويتقاسمانها بغير حذر .

وأما في المتقوم فالقول بالتصحيح يؤدي الى أن يكون مورد العقد منهما وهو فاسد ، ومشاعا ويؤدي الى ضرر القسمة ، فترددنا بعد ذلك ، فمن قائل يقول : انا في هذه الصورة نجعل البيع باطلا لهذا المعنى ، وهذا هو القول المخرج ، وهو ظاهر بهذا التقرير ، ولا يلزم طرده في بقية الصور ، ومن قائل يقول : ان هذا المحذور يندفع اذا رضى البائع بتسليم الجميع بالثمن فيصح ويثبت الخيار للبائع ، لكن ههنا يجب على القول بالصحة وعلى القول بالبطلان ، أما على القول بالصحة وهو المنسوب الى النص فهل انه صح في الجميع بالثمن وللبيع الخيار ؟ أو صح في المقدار المشروط ؟ واذا تبرع البائع بتسليم الجميع لزم ان قلنا بالأول فلم لا قيل بذلك في الصبرة اذا خرجت زائدة ؟ .

وظاهر كلامهم وقولهم أن يأخذ المقدار ويترك الزيادة أن العقد

لم يستل الزيادة ويحسد أن يكون العقد شملها ، ويجوز مرادهم أنه
 " يريم البائع بتسليمها لكن البعارة في نوصي هذا المعنى ، وإن هنا
 يباحي بأن لا يملك في الصبرة ، ولكن في السوب والأرض مشكل ،
 لأن العقد يكون قد ورد على مبهم مجهول ، هيون باطلان من أصله
 ولم يباير من براء البائع بتسليم الجميع ، عسريق الحارص عن
 هذا الامتثال به مباحي عن المساوردي أنه على قول الصنف يصح في
 جبره مباح ، لكن ذلك فيما إذا ذكرنا الثمن مقصدا لا مجملا ، أما إذا
 مشرد بغير تعيين ، وأما على القول بالبطان عند زيادة المقوم سهل
 معنى ذلك أن العقد بطل من أصله لا أو أنه يتفسخ عند التنازع لتعذر
 احصائه .

إن قلنا بالأول ومنه الأسبق إلى الفهم من كلام الأصحاب شعبة
 الحنف لا يقتضي ذلك ، لأنه على باق لا يضمن أجباز البائع ، ولا أجباز
 المشتري ، ومقتضى ذلك أنهما إذا تراضيا صح وأقر العقد ، كما
 قال أبو واخر الأصحاب في بيع الصبرة بالصبرة خيلا بخيل إذا خرجتا
 متفاضلتين ، وليسا من جنس واحد ، فيصطل أن ينزل القول بالبطان
 على هذا المعنى ، وحينئذ لا يلزم طرده في شيء من الصور الثلاث وينزل
 قول الصنف على أنه يصح في الجميع ثم يسترجع البائع في المتلى ،
 أن شاء الزيادة بغير تقسيط ، وفي المقوم لا يمنعه استرجاع الزيادة
 وحدها فيفسخ ، عند ما ظهر لى في ذلك ، وإظنه صوابا وإن كان الأسبق
 إلى الفهم من كلام الأصحاب خلافه .

(فائدة) قد نبهت بما تقدم على السبب الذي اقتضى الإجازة هنا
 في المقوم بجميع الثمن بخلاف أخواته من صور تفريق الصفقة ،
 وعلى أنه في المتلى يجيز بالقسط من غير خيار ، بخلاف ما يقتضيه
 كلام الراغبى من أنه يجيز بالكل ، ونص الشافعى في المتلى بخلافه .

(فائدة أخرى) صورة هذه المسائل ليست على إطلاقها ، بل هي
 على ثلاثة أحوال ، (أحدها) أن يذكر الثمن جملة من غير تفصيل ،
 كقوله : بعثك هذه الأرض بعشرة دراهم على أنها عشر أذرع ، فالحكم
 على ما تقدم .

(الثانية) أن يذكره مفصلا ولا يذكره مجملا كقوله : بعثك هذه الأرض على أنها عشر أذرع كل ذراع بدرهم ، فقد ذكرها صاحب التتمة على ما تقدم ومنه بالأرض والتوب والعطيع • وقال الماوردي في الأرض والتوب : ان خرجت تسعة ثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والأجارة بحسابه من الثمن • وهو في ذلك موافق لما تقدم عن القاضي أبي الطيب في المجرّد ، والصحيح خلافه ، وأنه يجيز بثل الثمن • قال الماوردي : وان خرجت أحد عشر فقولان (أحدهما) يبطل العقد (والثاني) يصح في عشرة ، ويكون البائع تريكا بالباقي على الأشاعة ، ويثبت للمشتري الخيار ، والماوردي في هذا أيضا موافق لأحد الوجهين أن الزيادة تكون للبائع ، وفيه ما تبين أن القائل بذلك يقول بالشركة في الثوب والأرض ، فيندفع عنه اشكال الأبهام ، وكأنه يجعل ذلك كما لو باع ذراعا من دار وهما يعلمان ذرعانها ، لكن هذا ظاهر فيما اذا ذكر تفصيل الثمن فقط ولم يذكر جملة ، أما اذا ذكر جملة ولم يذكر تفصيله فينبغي على قول الماوردي أنه يجيز بالقسط ، والذي ذكره المصنف والأصحاب يقتضى أنه يجيز بالكل •

(الحالة الثالثة) أن يذكر جملة الثمن وتفصيله مقسطا على الأذرع كقوله بعثك هذه الأرض بعشرة دراهم على أنها عشر أذرع كل ذراع بدرهم ، فقد تقدم نظير ذلك في كلام المصنف في باب الربا فيما اذا باع صبرة حنطة بصبرة شعير كيلا بكيل ، وخرجنا متفاضلتين وتقدم هناك طريقان (أحدهما) عن المصنف وأكثر الأصحاب أنه اذا رضى صاحب الزيادة بتسليم الزيادة أقر العقد وأجبر الآخر على القبول ، وان رضى صاحب الناقصة بقدر صبرته من الزائدة أقر العقد ، وان تشاحا فسخ ، وقياس ذلك أن نقول هنا : اذا فصل الثمن على المبيع كما مثلناه سواء أكان معينا أم في الذمة أن يأتي التفصيل المذكور هنا ، اما أن يتشاحا أم لا ، ووجه ترتيب الحكم بين •

(والطريق الثاني) عن صاحب التهذيب حكاية قولين (أحدهما) البطلان وقياسها أن تأتي هنا أيضا ، فعلمنا أن فرض المسائل فيما اذا لم يجمع بين جملة الثمن وتفصيله ، وكلام المصنف ظاهر في أنه انما أراد حالة ذكر الثمن جملة فقط ، ألا ترى الى قوله بجميع الثمن ؟ والثمن الفصل لا يعرف جميعه •

(فائدة أخرى) فرض هذه المسائل في شيء واحد مكتوب أو أرض ونحوهما فلو باعه رزمة ثياب بعد رؤية ما فيها ، كل ثوب بدينار على أن فيها عشرة أثواب فكان فيها تسعة قال الماوردي : البيع جائز للمشتري أن يأخذها بالنقسط من الثمن . قال : ولو زادت ثوبا فالبيع في جميعها باطل قولاً واحداً ، بخلاف الأرض والثوب إذا بيعا مزارعة ، لأن الثياب قد تختلف وليس يمكن أن يكون الثوب الزائد مشاعاً في جميعها ومساوياً لباقيها ، وما زاد في الثوب الواحد والأرض غمقارب لباقيها ، ويمكن أن يكون مشاعاً في جميعه .

(قلت) وقوله في النقض أن يأخذ بالنقسط ، موافق لما تقدم عنه في الثوب الواحد ، والأصح هناك خلافه ، وقوله في حالة الزيادة : يلتفت على البحث المتقدم على قول التصحيح في الثوب الواحد أن جعلناه على سبيل الاشاعة كما قال الماوردي فبنسبتها قاله هنا ، وأن جعلنا الصحة في الجميع فلا ، والله أعلم .

(فائدة أخرى) القائل بالبطلان عند الزيادة هو ابن سريج نقله عن القاضي حسين قبل باب بيع جبل الحبل صورها في الصبرة ونسب الصحة الى النص ثم قال وكذلك حكم الثوب ، وقال أبو حنيفة : في الصبرة يجيز العقد في ذلك القدر بحصته من الثمن ، وفي الثوب يأخذ الجميع بجميع الثمن ، وفرق بأن الذرع صفة في الثوب كالطول والقصر ، وأما مالية الحنطة والشعير فمقاديرها ، ولهذا أوجب الشرع التساوي في المقدار في بيع بعضها ببعض والثمن يتقسط على المقادير دون الصفات ، وأجاب الأصحاب بأن الذرع طريق للتقدير في العادة ، كالكيل والوزن ، فلا فرق بينهما .

(فائدة أخرى) النص المنقول عن البويطي رأيت مثله في الأم في آخر باب الثنيا عقب الكلام الذي سأحكيه عنه ، في بيع العبد الجاني إذا قتل في يد المشتري قال الشافعي : لأن العيوب في الأبدان مخالفة بعض العدد — ولو كان المشتري كيلاً معيناً كان هكذا ، وإذا كان ناقصاً في الكل أخذ بحصته من الثمن إن شاء صاحبه وإن شاء فسخ فيه البيع انتهى — وهذا فيه زيادة فائدة ، وهو نصه على الفرق بين الوصف

والمقدار كما قلته أولا ، لقوله : أن العيوب في الأبدان مخالفة نقص
المعدد .

(فائدة أخرى) أكثر الأصحاب انما صوروا ذلك في الأرض
والثوب ، وصورها الزبيرى في المتقضب في الدار فاستفيد منه أن حكم
الدار حكم الأرض وقطع بالبطلان في حالة الزيادة كما هو الوجه الثانى
في الكتاب .

(فرع) مر خلف الشرط قال أبو عاصم العبادى : إذا اشترى
أرضا عليها خراج بحق ثلاثة دراهم بشرط أن عليها درهما إذا علم
المشتري ذلك فالبيع باطل وإن لم يعلم فهو بالخيار (قلت -) وكذلك
قاله ابن القطان في المطارحات ، وفي البطلان إذا علم نظره وينبغي
أن يكون هذا الشرط لا أثر له ، ولعل مأخذ ذلك أن مقتضى الشرط أن
لا يلزم بأكثر من ذلك ، وحينئذ يتجه البطلان ، والله تعالى أعلم .

(فرع) المشهور في المذهب أنه إذا باع جارية وشرط حملها
بطل البيع وقيل : يصح في الآدميات ، لأنه عيب ، ولهذا ألغى ، قال
المرعشى في ترتيب الأقسام : يصح من البائع ولا يصح من المشتري .

(قلت) فإذا قلنا بهذا واشترطه فأخلف هل نقول : ليس للمشتري
الرد كما لو شرط أنه معيب وخرج سليما أو له الرد ، لأن الحمل
يقاربه قسط من الثمن فيه نظره واحتمال ، وهذا الذى قاله المرعشى
هنا يوافق التفصيل في شرط ترك الوطء في النكاح ، وذلك أن الشارط
هو الذى له غرض في إثبات ذلك الشرط والمشروط عليه ليس له غرض
الحمل ، وإنما الغرض للبائع في براءته من العهدة بسببه ، وعلى هذا
الا إسعاف الشارط ، وليس المشروط مقصودا له وهذا معنى صحيح ،
وإن كان الرافعى استشكله هناك ، فالمشتري هنا ليس له غرض في
يقوى أنه إذا أخلف لا يثبت الرد والله أعلم . أما إذا كان الشارط هو
المشتري فيظهر أن له الرد ، لأن الحمل — وإن قلنا : أنه عيب — إلا أنه
زيادة من وجه كما صرحوا به في الصداق .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع عبدا جانيا ففيه قولان) أحدهما (أن البيع صحيح ، وهو اختيار المزني ، لأنه ان كانت الجناية عمدا فهو عبد تعلق برقبته قتل فصيح بيعة كالعبد المرتد ، أو يخشى هلاكه وترجى سلامته ، فجاز بيعه كالمريض ، وان كان خطأ فلأنه عبد تعلق برقبته حق بغير اختياره ، فلا يمنع من بيعه (والقول الثاني) أن البيع باطل لأنه عبد تعلق برقبته دين آدمي فلا يصح بيعه كالمرهون) .

(الشرح) ذكر المصنف بيع العبد الجاني في التنبية في باب ما يجوز بيعه وذكره في المذهب في هذا الموضع ، وكذلك المزني والأصحاب ومقصودهم بذلك التفريع الذي عليه ، فإنه مقصود في هذا الباب ، والقولان منصوصان . قال الشافعي في مختصر المزني : ولو باع عبده وقد جنى ففيها قولان (أحدهما) أن البيع جائز كما يكون العتق جائزا ، وعلى السيد الأقل من قيمته وأرث جنائيته (والثاني) البيع مفسوخ من قبل أن الجنائية في عنقه كالرهن فيرد البيع ويبيع ، فيعطى رب الجنائية جنائيته ، وبهذا أقول ، إلا أن يتطوع السيد بدفع الجنائية أو قيمة العبد ان كانت جنائيته أكثر ، كما يكون هذا في الرهن قال المزني : كما يكون العتق جائزا تجوز منه للعتق وقد سوى في الرهن بين ابطال البيع والعتق ، فإذا جاز العتق في الجنائية فالبيع جائز مثله انتهى — والقول بالجواز مذهب أبي حنيفة وأحمد ، واختيار المزني ، ورجحه الغزالي ، والقول بالبطلان اختيار الشافعي كما نص عليه في الأم ، هذا كلامه لقوله : وبهذا أقول : وكذلك صححه الجمهور ، واحتجوا للجواز بما ذكره المصنف من الحاقه اما بالمرتد واما بالمريض ، وكلاهما يصح بيعه ، هذا ان كانت الجنائية عمدا ، وان كان خطأ فتعلق العتق برقبته بغير إذن السيد ، وبهذا غارق المرهون . واحتج المزني بالعتق وأن الشافعي جوزه أي في العبد الجاني ، فليجز البيع وبأن الشافعي سوى بينهما في البطلان في الرهن فليسو بينهما هنا في الصحة .

واحتج أبو حنيفة بأن الأرث في رقبته غير مستقر ، لأن للسيد أن يفتديه وبهذا يفارق الرهن أيضا ، واحتجوا للبطلان بالقياس على

الرهن كما ذكره المصنف بأن الجناية أكد من الرهن ، لأن العبد المرهون إذا جنى بيع في الجناية وبطل الرهن ، فإذا كان الرهن يمنع صحة البيع فالجنائية أولى ، وأجاب الأصحاب عن الزام المزني للشافعي بأن البيع فيه قولان (فان قلنا) البيع جائز فالعق أولى (وان قلنا) البيع لا يجوز غفى العتق الأقوال الثلاثة التي في المرهون ، فليس العتق متفقا عليه حتى يقاس عليه •

(قلت) وهذا الجواب فيه نظر ، فان المزني ما أراد قياس البيع على العتق ابتداء من عند نفسه حتى يرد عليه بالخلاف فيه ، بل لما قاس الشافعي عليه استدل من كلام الشافعي على أنه يجوزه ، فألزمه بتجوز بيع ، والطريق في الجواب على هذا التقرير أن كلام الشافعي يقتضي أن يكون قائل القول الاول يرى العتق جائزا فغشبه به البيع ، اما بطريق التشبيه ، واما بطريق القياس عند ذلك القائل والشافعي قد قال : ان القول الثاني قوله ، وسكت عن العتق ، فلا يلزمه أنه هو جازم أو مرجح لجواز العتق حتى يلزم به ، ولعل هذا مراد الأصحاب بجوابه •

وأما قول المزني : ان الشافعي سوى بين البيع والعتق في الرهن في الابطال فليسو بينهما هنا يعنى وقد قال بصحة العتق فليقل بصحة البيع لتحصل التسوية وأجاب الأصحاب بجوابين (أحدهما) أن الشافعي لم يسو بينهما في الرهن ، بل خالف بينهما لأن البيع في المرهون يبطل قولاً واحداً ، وفي عتقه ثلاثة أقوال هكذا ، بحيث يختلف هذا الجواب •

(الثاني) أن هذا الاستدلال بالعكس ، ولا يلزم الجواب عنه ، هكذا قال الشيخ أبو حامد ، وفيه نظر ، لأن قياس العكس على هذه الصورة صحيح لأنه لو لم يصح بيع الجاني لما صح عتقه كالرهن ، فإنا نقيس الجاني على المرهون في التسوية بينهما ، ثم التسوية بينهما اما في المنع ولم نقل به لتجوز العتق فليكن في الجواز وأجاب هذا أننا نمنع أنه لم يقل به لما تقدم أنه ليس في كلام الشافعي تصريح على القول الثاني بجواز العتق قال الأصحاب : ولا يلزم من جواز العتق

جواز البيع • لأن الآبق والمضروب والمجهول والمبيع قبل القبض يجوز عتقهم ، ولا يجوز بيعهم • قال الماوردي : ان قياس العكس قال به أكثر الفقهاء ، وان خالفهم أكثر المتكلمين ، وهو اثبات بعض حكم الأصل في الفرع باعتباره علة •

(قلت) ومن المسائعين من الاحتجاج بقياس العكس أبو حامد الاسفرايني كذلك نقل عنه أبو الوليد الباجي في الأصول ، فلذلك منع هنا على طريقته ، وفرق القاضي حسين بينه وبين المرتد ، بأن المرتد مملوك منتفع به ارتكب كبيرة واستحق بها عقوبة الله تعالى ، فلم يزل بها ملك المالك عنه ، ولا تدفع المزاومة فيما يحدث بالشراء ، وهو الملك لكونه مملوكا لمالكة ، يعنى والمستحق في الجنائية وقعت فيه مزاومة وحق المجنى عليه ، وهذا المعنى غارق بينه وبين المريض أيضا ، وفي كلام بعضهم طريقة قاطعة بالبطلان لقول الشافعي : وبهذا أقول ، وجعل القول بالجواز مخرجا ومسندا لتخريج الزام المذني لمافهم عن الشافعي القطع بالبطلان ، وحكى صاحب التتمة أن بعض أصحابنا خرج قولنا ثالثا أن انعقد موقوف ، فان قدر نفذ ، وان لم يقدر بطل كالمفلس اذا باع بعض أعيان أمواله وقد تعرض الشيخ أبو حامد لهذا ، وأنه اشتبه على بعض أصحابنا حتى خرج هذا القول وليس بشيء والاشتباه من قول الشافعي : يرد البيع الى قوله : الا أن يتطوع السيد ، وتأويل ذلك أنه يرد المبيع وهو العبد • وقوله « يتطوع السيد » يعنى بدفع الأرض أو القيمة ، فلا يباع العبد ، وليس معناه أنه الا أن يتطوع فيصح البيع ، هكذا ذكره الشيخ أبو حامد والقاضي حسين حكى ما نقله صاحب التتمة قولنا مطلقا من غير نسبة الى تخريج قال فاذا بيع وقلنا موقوف ، فان أدى الأرض صح بيعه ولزم ، والا بيع ان استغرقه الأرض ، وان لم يستغرقه بيع بقدر الأرض وثبت الخيار للمشتري في الباقي ، فان أجاز فبحصته من الثمن ، وقد نقل ابن داود قول المصنف هذا ، وبين أنه في جنابة الخطأ يسير الى أنه لا يجرى فيه جنابة العمد ، قال : ومنهم من أنكره •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وفي موضع القولين ثلاث طرق (أحدهما) أن القولين في العمد والخطأ ، لأن القصاص حق آدمي فهو كالمال ، ولأنه يستقط الى مال بالعفو فكان كالمال ، (والثاني) أن القولين في جنابة لا توجب القصاص . فاما فيما يوجب القصاص فلا تمنع البيع قولاً واحداً ، لأنه كالمرتد ، والثالث أن القولين فيما يوجب القصاص فاما فيما يوجب المال فلا يجوز قولاً واحداً لأنه كالمرهون) .

(الشرح) الطرق الثلاث حكاها الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب، وقال الشيخ أبو حامد : ان الطريق الثاني هو مذهب الشافعي لأنه قال فيها قولان (أحدهما) البيع جائز ، وعلى السيد الأقل من قيمته وأرشد الجنابة . وألزم السيد المال ، ولو كان ذلك في الجنابة الموجبة للقصاص لقال : والولى بالخيار ، ثم قال : والنقول الثاني ان البيع مفسوخ ويباع ويعطى رب الجنابة جنياته الا أن يتطوع السيد بدفع الجنابة ، وكل ذلك يكون في الجنابة الموجبة للمال .

(قلت) وهذا استدلال جيد على ضعف الطريقة الثالثة ، وأما الطريقة الأولى فلا يبقى في كلام الشافعي دلالة عليها ، لأنه لم يتعرض للعمد . يبقى ولا اثبات ، فاجراء الخلاف فيه انما يكون بالتخريج ان صح القياس أو بنقل آخر ، أما هذا فلا ، ولا جرم كانت هذه الطريقة الثانية هي الصحيحة ، وان الخلاف مقصور على حالة ايجابها المال فقط وممن صححه الرافي ، وقال ابن أبي عصرون : ان الطريقة الثالثة أصح الطرق وهو بعيد لما تقدم . والطريقة الأولى في الرافي ما يقتضى نسبتها لابن خيران . ومن القائلين بها من بنى القولين في العمد على أنه موجب ماذا ؟ ان قلنا : القود المخض صح بيعه كالمرتد وان قلنا أحد الأمرين فهو كبيع المرهون . وكلام الروياني يدل على اختيارها ، فانه قال : ان الأصح بطلان البيع عمداً أو خطأ .

ومن القائلين بالبناء المذكور ابن أبي هريرة ، ومن الأصحاب من قال : ولو جعلنا موجب العمد أحد الأمرين فحكمه هنا كما اذا جعلنا

موجبه القصاص لا غير لأننا على هذا القول لا نثبتها بشاهد ويمين ،
وشاهد وامرأتين . حكاه القاضى حسين مطلقا ، وعزاه ابن داود لصاحب
التقريب . وأنه قال بجواز البيع فى الجانى عمدا على القولين ، وهذا
فى الحقيقة اختيار للطريقة الثانية .

وهذا كله حيث لا عفو ، فان عفا عن القصاص على مال ثم عرض
البيع كان حكمه كالخطأ يجرى فيه طريقان خاصة ، اما جريان القولين ،
واما القطع بالمنع وحكم شبه العمد والعمد الذى لا قصاص فيه فى ذلك
حكم الخطأ . وكذلك اذا أتلّف العبد مالا .

واعلم أنه قد تقدم ما يقتضى الفرق بين الجانى والمرد من كلام
القاضى حسين ، والفرق بينه وبين المرهون من جهة أن الراهن حجر
على نفسه ، والفرقان يقتضيان وجهين (الطريقة الأولى) الا أن يلغى
الفرق بينه وبين المرد وأما المرهون فالفرق ظاهر . قال الشيخ
أبو حامد : كل حق تعلق بعين مال لانسان باختيار يمنع البيع قولاً واحداً
كالرهن ، وكل حق تعلق بعين مال لانسان من غير اختياره فهل يمنع
البيع أم لا ؟ على قولين كما ذكرنا ههنا . وكما قلنا فى المال اذا وجبت
فيه الزكاة فباع رب المال قبل اخراج الزكاة بعد وجوب الحق له من
غير اختياره ، كان على قولين (١) .

يعنى اذا قلنا : انها تتعلق بالمال تعلق رهن أو تعلق جنابة بعينه ،
محل هذا الخلاف والطرق اذا كانت الجنابة متعلقة برقبته كما تقدم ،
وباعه قبل الفداء وهو موسر . فلو كانت موجبة المال فى ذمته لم
يمنع بيعه بحال ، وان تعلقت برقبته وباعه وهو معسر بطل . ومنهم من
طرد الخلاف فيه ، وحكم بأن الخيار للمجنى عليه ان صححنا ، وان
باعه وهو موسر فان كان بعد الفداء صح ، وان كان قبله وقبل اختياره
فهو محل الخلاف ، وان كان قبل الفداء ولكن بعد اختيار الفداء فاطلاق
صاحب التهذيب يقتضى الصحة ، واطلاق الماوردى يقتضى طرد
الخلاف ، وهو الأقيس ، لأن اختيار الفداء ليس بالتزام ، فله الرجوع
عنه ولا يلزمه به شيء ، بل لو صرح بالتزام الفداء لم يلزمه على أصح

الوجهين في الوسيط في آخر العاقلة قبيل القسم الرابع في دية الجنين ، بل لو قلنا باللزوم غفاية ذلك أنه ضمان ، فلم ينقطع التعلق بالرقبة به حتى يصح بيعها ، ولو باع العبد الجاني باذن ولي المجنى عليه فلا اشكال في الصحة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فاذا قلنا : ان البيع صحيح في قتل العمد فقتل العبد في يد المشتري ففيه وجهان قال أبو العباس وأبو علي ابن أبي هريرة : ان علم المشتري بالجناية في حال العقد لم يرجع عليه بالأرض ، وان لم يعلم رجع بأرض العيب ، لان تعلق القتل بركبته كالعيب لانه ترجى سلامته ويخشى هلاكه ، فهو كالمرضى ، واذا اشترى المريض ومات وكان قد علم بمرضه لم يرجع بالأرض وان لم يعلم رجع . فكذاك هنا ، فطلى هذا اذا لم يعلم بحاله وقتل قوم وهو جان ، وقوم غير جان فيرجع بما بينهما من الثمن . وقال أبو اسحاق : وحدود (١) القتل بمنزلة الاستحقاق وهو المنصوص ، فاذا قتل انفسخ البيع ورجع بالثمن على البائع ، علم بالجناية حال العقد أو لم يعلم ، لانه أزيلت يده عن الرقبة بسبب كان في يد البائع فاشبه ما اذا استحق ، ويخالف المريض ، فانه لم يمت بالمرض الذي كان في يد البائع ، وانما مات بزيادة مرض حدث في يد المشتري ، فلم يرجع بجميع الثمن) .

(الشرح) بدأ المصنف بالتفريع الذي هو المقصود ، فوضع المسألة في هذا الباب . واقتصر على التفريع على القول بصحة البيع لذلك ، فان التفريع على البطلان لا تعلق له يختص بهذا الباب ، وقد قال الأصحاب : اذا ان أبطلنا بيع العبد الجاني رده واسترجع الثمن ، وتبقى الحكومة بين السيد والمجنى عليه ، فان كانت الجناية توجب القصاص واقتصر الولي فذاك ، وان عفا على مال أو كانت توجب مالا فالسيد على خيرته ان شاء غداه من ماله ، فان سلمه فان بيع بقدر الجناية فذاك ، وان بيع بأقل فلا يلزم السيد غيره ، وان بيع بأكثر فالفاضل يدفع الى السيد البائع ، واذا أغدى فالأظهر أنه يفديه بأقل الأمرين من الأرض وقيمة العبد .

(١) في بعض النسخ : « وجود » بطل « وحدود » .

(والثاني) يتعين الأرش وإن كثر ، إلا أن يسلم العبد لبيع غانه
قد يرغب فيه راغب بأكثر ، وإن قلنا بصحة البيع ، فإن كانت الجناية
توجب المال فظاهر مذهب الشافعي أن السيد ملزم للفداء ببيعه ،
مع العلم بجنائته ، فيجبر على تسليم الفداء كما لو أعتقه أو قتله ،
وقيل هو على خيرته أن غدى أمضى البيع والا فسخ قال هذا القائل :
وهذا لأن ذلك ليس بأكثر من أن يختار الفداء ولو اختار أن يفديه
ثم قبل أن يخرج أرش الجناية رجع عن ذلك كان له . هكذا قال
الشيخ أبو حامد . ويقتضيه كلام أبي الطيب في النقل عن صاحب هذا
الوجه ، وشبهه أبو الطيب بما إذا قال الراهن أنا أقضى الدين من غير
الرهن أو من قيمة الرهن لا يجب عليه الوفاء بذلك ، وهذا النقل
نستفيد منه أن عند اختيار الفداء لا يلزم ، وهو كذلك على الأصح ،
وبه يضعف ما اقتضاه اطلاق التهذيب فيما تقدم من جواز البيع
عند اختيار الفداء . ولا يضعف به جعل البيع التزاما للفداء ، لأن
المأخذ في ذلك الحيلولة كالعق والقتل ، فلا يلزم من كون صريح
الالتزام غير ملزم أن لا يكون هذا ملزما ، فإن قلنا بالأول فطريقان
(أحدهما) يفديه هنا بأقل الأمرين قولاً واحداً ، هكذا قال الشيخ
أبو حامد وأبو الطيب ، وعزاها ابن داود إلى النص (والثانية) ذكرها
ابن داود وابن أبي هريرة ، ويقتضيه كلام الماوردي جريان القولين
فيه ، ووجه الطريقة الأولى أنه لا يقدر على تسليمه للبيع ، ولذلك
إذا قبله يفديه بأقل الأمرين خاصة . ومنهم من أجرى فيه الخلاف ، فإن
تعذر تحصيل الفداء أو تأخر لإفلاسه أو غيبته أو صبره على الحبس
فسخ البيع وبيع في الجناية لأن حق المجنى عليه سبق حق المشتري .

وإن قلنا بالثاني وهو أنه لا يلزمه بالبيع الفداء . وهو قول
أبي إسحاق المروزي فهو بالخيار بين الفداء وتسليمه المبيع . وفي الفداء
هنا القولان لأنه قادر على تسليمه . وإن كانت الجناية موجبة خيار
القصاص ، فإن عفا الولي فالحكم على ما تقدم ، وإن طلب القصاص
قتله ونظر ، فإن كان قبل القبض انفسخ البيع ، وإن كان بعده ،
وهي مسألة الكتاب ، والمقصود في هذا الباب وهو تفريع على الصحيح
أن الجناية الموجبة للقصاص لا تمنع من البيع ، فإذا قتل في يد المشتري
بالجناية السابقة ، فأحد الوجهين أن ذلك بمنزلة الميب ، فإن كان قد علم

به قبل الشراء أو بعده ، ولم يثخ حتى قتل فلا شيء له • وان لم يعلم رجع بأرش العيب وهو ما بين قيمته جانبا وغير جان منسوبا من الثمن ، ويعبر عن ذلك بأنه من ضمان المشتري ، وهذا نسبه الجمهور الى ابن سريج وابن أبي هريرة ، كما نسبه المصنف ، بل أكثرهم ينسبه لابن سريج ولا يذكر غيره ، ونسبه الماوردي لابن أبي هريرة خاصة ، ولم ينسب لابن سريج في هذه المسألة شيئا ونسب اليه في مسألة القطع بالسرقة السابقة أنه من ضمان البائع كما يقوله في القول الثاني وهو غريب ، وقد تقدم ذلك عنه ولا فرق بين المسألتين في هذا المعنى •

وقد تقدم أن ابن بشرى نقل ما يوافق قول ابن أبي هريرة عن نصه في الاملاء وبهذا القول قال أبو يوسف ومحمد ، ومال الماوردي اليه في القطع بالسرقة ، والثاني وهو قول أبي اسحاق وابن الحداد ، وهو مذهب الشافعي على ما قاله الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وغيرهما ، وهو نصه كما ذكره المصنف ، ولفظه في آخر باب الفتيا من الجزء الثامن من الأم •

قال الشافعي : من باع رجلا غنما قد حال عليها الحول ، أو بقرا أو ابلا فأخذت الصدقة منها فللمشتري الخيار في رد البيع لأنه لم يسلم له ما اشترى كاملا وأخذ ما بقي بحصته من الثمن ، ولكن من باعه ابلا دون خمسة وعشرين غالبيع جائز ، وعلى البائع صدقة الابل التي حال عليها الحول في يده ، ولا صدقة على المشتري فيها • قال : ومثل هذا الرجل يبيع العبد وقد حل دمه عنده بردة أو قتل عمد أو قطع يده في سرقة ، فإذا قتل يفسخ البيع ويرجع بما أخذ منه • وإذا قطع فله الخيار في فسخ البيع وأمسأكه لأن العيوب في الأبدان مخالفة نقص العدد • اه • وقد وجهوا هذا القول بأن السبب كان في يد البائع وأحيل الهلاك عليه ، وان وجد في يد غيره كما لو أحبل المشتري الجارية المبيعة بيعا فاسدا وردها الى بائعها وماتت من الطلق • وبهذا القول قال أبو حنيفة •

ويعبر عن هذا القول بأنه من ضمان البائع ، ويعبر عنه أيضا

بأنه كالأستحقاق أى جعل التلف فى يد المشتري بالسبب السابق كظهور
الأستحقاق فى المبيع بسبب سابق ، وهذا الشبه يوهم أنه تبين
بطلان البيع ، ولم يريدوا ذلك بل يفسخ بالتلف ووقع الشبه فى الحكم
بالبطلان من حيث الجملة ، وقد تقدم أن الماوردى نقل ما يوافق هذا
القول عن ابن سريج فى مسألة القطع . وذلك خلاف المشهور . وأما
تمسك القائلين بالوجه الأول بمسألة المرض وهى فيما إذا اشترى عبدا
مريضا وتمادى المرض الى أن مات فى يد المشتري طريقان (أحدهما)
أنه على الخلاف ويحكى هذا عن الحلیمی وغيره ، وسيأتى عن القاضى
أبى الطيب ما يقتضيه ، فعلى هذا يسقط الاحتجاج بها (وأشهرهما)
القطع بأنه من ضمان المشتري ، وعلى هذا ، الفرق ظاهر لأن المرض
يزداد شيئا فشيئا الى الموت ، فليس الموت بالمرض السابق على البيع
بل بما تجدد بخلاف الجنابة فانها سبب كامل للقصاص ، وهذا معنى
الفرق الذى ذكره المصنف ، ويكتفى فى ذلك بمجرد الاحتمال فانه يمنع
من الحاقه بالمرض القديم ، فكيف والظاهر حدوث سبب جديد ،
والأصل صحة العقد ولزومه .

ونظير ذلك إذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بحملها فماتت من الطلق
يرجع بأرش العيب لأنها ماتت من أوجاع الطلق ، وهى حادثة فى يد
المشتري كالمريض إذا مات ، قاله القاضى أبو الطيب ، وحكم الجراحة
السارية حكم المرض ، ذكره فى التهذيب وجعلها على الوجهين . وبين
أن ذلك فى المرض المخوف . أما غير المخوف كالصداع والحمى فيرجع
بالأرش إذا ازداد فى يده ومات ، وكذلك ذكره القاضى حسين . وحكم
القولنج حكم المرض المخوف على ما ذكره القاضى حسين والبغوى
حينئذ موافقين للحليمي . وهذا كله إذا لم يعلم المشتري بالجنابة حتى
قتل فى يده ، فلو علم قبل العقد أو بعده ولم يفسخ فقد صرح
المصنف بأن الحكم كذلك ، قال الراعى : ويحكى عن أبى إسحاق واختيار
أبى حامد (قلت) وهو الشيخ أبو حامد الأسفراينى فانه كذلك فى
تعليقه علم به أو لم يعلم وتبعه المصنف . أما القاضى أبو الطيب فانه
نسب ذلك الى بعض أصحابنا . وقال : انه غلط ، وإن مذهب الشافعى
لا يخطف أنه بمنزلة العيب .

ونقل عن نص الشافعى فى كتاب الرهن أنه بمنزلة العيب الذى قد رضى به • ولا شىء له • قال الراعى : انه الأصح عند الجمهور • وهو قول ابن الحداد أنه لا يرجع بشىء لدخوله فى العقد على بصيرة وامساكه مع العلم بحاله كما قال القاضى أبو الطيب قال : وليس هو كظهور الاستحقاق من كل وجه • ولو كان كذلك ما صح بيعه أصلا وممن اختار هذا ابن الصباغ وابن أبى عسرون ، وتحصل من ذلك أنه عند الجهل ينزل منزلة الاستحقاق ، وعند العلم ينزل منزلة العيب ، فإذا رضى به سقط أثره ، وهو أقوى فى المعنى ، وفى الحقيقة هو عيب فى الحالين ، ولكن فى حالة العلم سقط أثره ، وفى حالة الجهل القتل من أثره ، فلذلك نزل منزلة الاستحقاق لكونه لم يرض به • غير أن النص الذى تمسك به أبو الطيب من كتاب الرهن ان كان هو الذى نقلته فيما تقدم عند طراء أن العيب قبل القبض ، وهو قول الشافعى : انه عيب دلس به ، فهذا لا دليل فيه ، لأن الشافعى ما تكلم فى حالة القصاص ، وانما ذلك اذا ظلم عليه قبل القصاص ، قال : له أن يرد لأنه عيب وهذا لا نزاع فيه ، انما النزاع فى كونه اذا لم يرد حتى قتل هل يفسخ أو لا ؟ •

(فرع) أما ثبوت الخيار للمشتري اذا صححنا البيع ولم يحصل القصاص فان كان بعد الفداء فقد سبق حكمه فى العيوب والتفصيل فى العمد بين أن يتوب أو لا وفى الخطأ بين أن يكتر أو لا ، وادعى ابن الرفعة أن نص الشافعى فى البويطى فى كتاب الغصب يدل على أنها — وان كثرت — لا يثبت الخيار اذا كان خطأ ، وفيه نظر ، وقد تأملت فى كتاب الغصب فى البويطى ، وفيه ما يحتمل ذلك بالمفهوم لا بالمنطوق ، وليس بقوى التمسك به •

وقال ابن الرفعة : انه بين التمسك به فى كتاب الغصب ، أما اذا كانت قبل الفداء ، قال ابن الرفعة : شبه أن يثبت الخيار سواء أقلنا يلزم السيد فداؤه أم لا وهو كما قال ، وهذا حيث يقول : ان مجرد الجناية لا يكون عيبا اما عند التوبة أو عدم التكرار أما اذا كانت عيبا فمى كافية فى ثبوت الخيار •

(فرع) إذا باعه ولا جناية منه ، ولكنه كان قد حفر بئرا في محل عدوان قبل البيع فتردى فيها ، من يجب ضمانه بعد البيع ؟ يشبه أن يكون كما لو كان قد جنى جناية توجب قصاصا ثم بعد البيع عفى على مال ، وقد تقدم .

(فروع) وطء الجارية الجانية لا يكون التراما للفادى ، وفيه وجه مذكور في الديات من الرافعى . ولو قال لعبده : إذا جاء رأس الشهر فأنت حر ، فجنى العبد ثم جاء رأس الشهر عتق ولزم السيد الفداء ، قاله القاضى عنه في باب الأمة تغرس نفسها ، ولو قال : ان دخلت الدار فأنت حر ، فجنى العبد ثم دخل الدار تعلق الأرض بذمة المعتق ، والفرق أنه في هذه عتق بفعله ، ولم يوجد من السيد فعل ، وفي الأولى لم يوجد من العبد شيء ، فصار السيد متلفا بالمعتق المعلق ومثل ذلك إذا قال : إذا قدم زيد فأنت حر ، فإنه لا فعل من العبد .

قال ابن الرفعة : ينبغي على قولنا بعدم نفوذ عتق الجانى ، وأن الاعتبار بحال الصفة لا يحكم يعتقه ببينة لو نقص الأرض عن الرقبة ، هل يكون الحكم كما تقدم ؟ ولا يمتنع البيع الا في مقدار الأرض ؟ ظاهر نص الشافعى الأول ، وحاول ابن الرفعة تخريج خلاف وقال : وقد ذكره الغزالي في الزكاة وأيده بقول العراقيين : ان بيع العبد الجانى كبيع الوارث التركة قبل قضاء الدين ، وبأن الرافعى في الوصايا عند الكلام في الدور الواقع في الجنايات ، اذا جنى عبد على حر وعفا المجنى عليه ومات ، فإن أجازته الورثة فذاك والا نفذ في الثلث وانفك العبد عند تعلق العبد ، وأشار الامام فيه الى وجه أخسر كما أن شيئا من المرهون لا ينفك ما بقى شيء من الدين .

(فائدة) أجمعوا اذا كان في يد العبد مال وهو مأذون أن الدين في ماله والجناية في رقبته ، فاذا عجزت الرقبة عن احتمال الجناية لم يرد الا ما في يده ، وكذلك اذا عجز ما في يده عن الدين لم يرد الى الرقبة .

(فرع) لو اشترى عبدا وبه مرض أو جراحة ، فزاد ذلك في يد المشتري ولم يعلم ثم علم حال الاستقصاء ، قال القاضى أبو الطيب :

قياس قول أبى بكر بن الحداد المصرى تصوير الزيادة كأنها حصلت فى يد البائع وللمشتري الخيار فى الرد والرجوع بجميع الثمن ، وعلى قول سائر أصحابنا زيادة المرض فى يده تمنع من الرد ، وله الرجوع بالأرث بقدر ما بين قيمته صحيحا ومعيبا ، بالمعيب الذى كان فى يد البائع دون الزيادة التى حدثت فى يد المشتري ، لأن هذه الزيادة حدثت بسبب المرض الذى كان عند البائع فكان على وجهين كالقطع فى السرقة وإن لم يعلم بالمرض أو الجراحة حتى سرت الى النفس ، فعلى قول ابن الحداد ينفسخ البيع ، ويرجع بالثمن ، وعلى قول ابن سريج وأبى على لا ينفسخ ويرجع بالأرث ، ولو اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحمل حتى ماتت من الولادة فعن القاضى أبى الطيب أنه على الوجهين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وإن اشترى عبدا مرتدا فقتل فى يده ، ففيه وجهان فى قول أبى اسحاق ينفسخ البيع ويرجع بالثمن ، وعلى قول أبى العباس وأبى على ابن أبى هريرة كان قد علم بالردة لم يرجع بالأرث ، وإن لم يعلم رجع بالأرث — ووجههما ما ذكرناه فى الجانى عمدا) .

(الشرح) بيع العبد المرتد صحيح على المذهب كبيع العبد المريض المشرف على الهلاك ، وعن الشيخ أبى على حكاية وجه أنه لا يصح تخريجا من الخلاف فى العبد الجانى ، والمشهور القطع بالأول ، وكذلك يقاس الجانى عليه وقد تقدمت الإشارة الى الفرق ، لأن رقبة الجانى مستحقة لآدمى وله العفو على مال فكان تعلق المال حاصل بخلاف المرتد ، وقال القاضى حسين : إن الوجه المذكور خطأ لأن الشافعى نص أن رهن المرتد والمقاتل جائز ، فإذا فرغنا على صحته فقتل قبل القبض انفسخ العقد على ما تقدم ، وإن قتل فى يد المشتري بالردة السابقة فعلى الخلاف المتقدم فى الجانى على قول أبى اسحاق وابن الحداد ، والمنصوص للشافعى ، ينفسخ البيع ويرجع بالثمن إن كان المشتري جاهلا برده .

وفيما إذا كان عالما وجهان ، رأى المصنف والشيخ أبى حامد وأبى اسحاق أنه كذلك ، ولهذا أطلق هنا ، ورأى ابن الحداد وهو

الأصح على ما تقدم أنه لا ينفسخ البيع ، ولا يرجع بشيء . قال
الامام : كان يقرب من ذلك الوجه ، يعنى الذى يقول بأنه ينفسخ مطلقا
كما يقوله المصنف أن يقال بالوقف حتى يقال أن قتل المرتد تبينا أن
بيعه لم يصح ، وأن عاد الى الاسلام تبينا الصحة ، قال : ولم أر
ذلك لاحد (وأما) على قول ابن سريج وابن أبى هريرة ، فإن كان
علم بالردة لم يرجع بالارث ، لأنها عيب رضى بها ، وإن لم يعلم
رجع ، كتعذر الرد ، فيرجع بأرث العيب القديم كسائر العيوب ،
فينموم مرتدا وغير مرتد ، ويرجع بما بينهما منسوبا من الثمن ، قال
الاصحاب : فإن قيل : المرتد قتل لأقامته على الردة ، وذلك حادث فى
يد المشتري (فالجواب) أنه إنما قتل بالردة السابقة لأنه لو قتلته
إنسان قبل الاستتابة لم يضمه ، فأقامته على الردة لم توجب القتل
لكن استيفاء ما وجب عليه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(وأن قتل العبد فى المحاربة وانحتم قتله فقد ذكر الشيخ أبو حامد
الاسفراينى رحمه الله فى التعليق : أن البيع باطل لأنه لا منفعة فيه ، لأنه
مستحق القتل ، فلا يصح بيعه كالحشرات . وقال شيخنا القاضى
أبو الطيب : يصح بيعه ، لأن فيه منفعة ، وهو أن يعتقه فصح بيعه
كالزمن ، فعلى هذا إذا قتل فى يد المشتري فحكمه حكم القاتل عمدا
فى غير المحاربة ، وقد بيناه) .

(الشرح) إذا قتل فى المحاربة فإن تاب قبل أن يقدر عليه فالقود
ههنا محتتم بل هو الى ولى الدم والحكم فيه على ما تقدم فى جناية
العبد ، وإن قدر عليه قبل أن يتوب وقتلنا : تسقط العقوبة بالتوبة بعد
الظفر فكذا (فإن قلنا) لا تسقط فثلاث طرق (احداها) قال الشيخ
أبو حامد : لا يجوز البيع قولاً واحداً ، لأن قتله محتم ويفارق المريض
والمرتد والقاتل فى غير المحاربة لرجاء براء المريض واسلام المرتد
والعفو عن القاتل ووافقه الحاملى فى المجموع ، ونسب الرافعى هذه
الطريقة الى اختيار الشيخ وطبقته ، ونسبه الامام وغيره الى أبى عبد الله
الحسين ، ولم أر فى تعليق أبى حامد التعليق بعدم المنفعة ، بل يتحتم

القتل فجاز أن يقول منفعة هذه مع كونه غير باق ألا يتخلص به لعبادة الله تعالى غير مقصودة وأما الدين فانه باق يتخلص بالعنق للعبادة ، ومنافع الدنيا والاخرة ، واختار ابن أبى عمرو ما قاله الشيخ أبو حامد ، وقطع به في المرشد وقال : جواز عتقه لا يستدل به على جواز بيعه ، بدليل الأبق والمجهول ، والمعنى فيه أن في العنق قوة وسراية •

(الطريقة الثانية) ما قاله القاضي أبو الطيب أنه كبيع الجاني يعني عمدا فيصح على الأصح وتوجيهها ما ذكره المصنف ، وقد علمت ما يرد عليه •

(والثالثة) قال الراغبي . أنها الأظهر عند كثير من الأئمة أن بيعه كبيع المرتد ، ولا شك أنها أظهر مما قاله القاضي أبو الطيب ، لأن جناية العمدة قد تصير إلى المال بخلاف هذا ، لكن يرد على الحاقه بالمرتد ما قدمته من أن المرتد مرجو البقاء بالاسلام ، بخلاف المحارب الذي تحتّم قتله أنه لا شك أنه أولى بالمنع منه ، ويبقى النظر في منفعة العنق في هذه الحالة ، هل هي مقصودة مما يتوصل اليها بالأغراض ؟ فتكون كبيع المرتد المشهور بصحته ، ويأتي فيه ما حواه الشيخ أبو علي • وإن مثل هذه المنفعة لا تعتبر فيقوى ما قاله الشيخ أبو حامد ، وفيه نظر والأقرب الأول لأن العنق كيفما كان فيه أجر ، والأجر مقصود متوصل اليه بالأموال فعلى طريقة أبي الطيب يكون حكمه حكم القاتل عمدا في غير المحاربة ، وقد تقدم تفصيله ، وعلى الطريقة التي قال الراغبي : أنها أظهر عند كثير من الأئمة يكون كالمرتد ، وقد تقدم أيضا وعلى طريقة الشيخ أبي حامد البيع باطل ولا كلام •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(إذا باع عينا بشرط البراءة من العيب ففيه طريقتان (أحدهما) وهو قول أبي سعيد الاصطخري : ان المسألة على ثلاثة أقوال (أحدهما) أنه يبرأ من كل عيب لأنه عيب رضى به المشتري فبرئ منه البائع كما لو أوقفه عليه • (والثاني) لا يبرأ من شيء من العيوب لأنه شرط يرتفق به أحد المتبايعين فلم يصح مع الجهالة كالأجل المجهول

والرهن المجهول . (والثالث) أنه لا يبرأ الا من عيب واحد وهو العيب الباطن في الحيوان الذي لا يعلم به البائع لما روى سالم أن أباه باع غلاماً بثمانمائة بالبراءة من كل آفة فوجد الرجل به عيباً فخاصمه الى عثمان رضى الله عنه فقال عثمان لابن عمر : ائلف لقد بعته وما به داء تعلمه . فأبى ابن عمر أن يحلف وقبل الغلام فباعه بعد ذلك بألف وخمسمائة « فدل على أنه يبرأ مما لم يعلم ولا يبرأ مما علمه . قال الشافعى رحمه الله : ولأن الحيوان يفارق ما سواه لأنه يغتذى بالصحة والسقم وتحول طبائعه ، وقلما يبرأ من عيب يظهر أو يخفى ، فدعت الحاجة الى التبرى من العيب الباطن فيه ، لأنه لا سبيل الى معرفته ، وتوقيف المشتري عليه وهذا المعنى لا يوجد في العيب الظاهر ولا في العيب الباطن في غير الحيوان . فلم يجز التبرى منه مع الجهالة .

(والطريق الثانى) أن المسألة على قول واحد ، وهو أنه يبرأ من عيب باطن في الحيوان لم يعلم به ولا يبرأ من غيره ، وتناول هذا القائل ما أشار اليه الشافعى من القولين الآخرين على أنه حكى ذلك عن غيره ولم يختره لنفسه .

(فان قلنا) ان الشرط باطل فهل يبطل البيع ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يبطل البيع ويرد المبيع لحديث عثمان رضى الله عنه فإنه أمضى البيع (والثانى) أنه يبطل البيع لأن هذا الشرط يقتضى جزءاً من الثمن تركه البائع لأجل الشرط ، فإذا سقط وجب أن يرد الجزء الذى تركه بسبب الشرط وذلك مجهول والمجهول اذا أضيف الى معلوم صار الجميع مجهولاً ، فيصير الثمن مجهولاً ففسد العقد . والله أعلم) .

(الشرح) هذا الفصل باب مستقل بوب عليه المزنى والأصحاب بباب بيع البراءة وكثير من الأصحاب أدرجوه في هذا الباب لأنه من مسأله . وقضاه عثمان هذا رواه مالك في الموطأ عن يحيى بن سعيد عن سالم « ولفظه أن عبد الله بن عمر باع غلاماً له بثمانمائة وباعه بالبراءة ، فقال الذى ابتاعه لعبد الله بن عمر : بالعبد داء لم تسمه لى ، فاختصما الى عثمان بن عفان ، فقال الرجل : باعنى عبداً وبه داء لم

يسمى له . قال عبد الله بن عمر : بعته بالبراءة ، فحضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه . فابى عبد الله بن عمر أن يحلف وارتجع العبد ، فباعه عبد الله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم » ورواه البيهقي في سننه ، وفي المعرفة من رواية مالك كذلك .

وفي رواية تعليق أبي حامد وغيره من الفقهاء أن المشتري من ابن عمر زيد بن ثابت . وأنهما اللذان اختصما إلى عثمان . وقيل إن ذلك الداء زال عند عبد الله وصح منه . وقال ابن عمر : تركت ابنيمن لله تعالى فغوضني الله ، وقد روى عن زيد بن ثابت وابن عمر أنهما كانا يريان البراءة من كل عيب جاترة ، واسناده ضعيف .

قال البيهقي : إنما رواه شريك عن عاصم بن عبيد الله عن عبد الله بن عامر عنهما ، وقال يحيى بن معين : حديث شريك عن عاصم ابن عبد الله عن زيد بن ثابت : البراءة من كل عيب براءة ليس يثبت ، تفرد به شريك ، وكان في كتابه عن أشعث بن سوار . وسئل عبد الله عن حديث شريك عن زيد بن ثابت في البيع بالبراءة فقال : أجاب شريك على غير ما كان في كتابه ، ولم نجد لهذا الحديث أصلاً .

قال البيهقي : إن أصح ما رواه في الباب حديث سالم ، وهو المذكور من رواية مالك في قضاء عثمان ، وعن شريح القاضي أنه كان لا يبرأ من الداء حتى يريه أياه فيقول : برئت من كذا وكذا ، وعنه لا يبرأ حتى يضع يده على الداء ، وعن عطاء بن أبي رباح وطاوس والحسن مثله ، وعن أبي عثمان النهدي قال : ما رأيتهم يجيزون من الداء إلا ما يثبت ووضعت يدك عليه ، وأبو عثمان النهدي كبير ، أدرك جميع الصحابة وفاتته الصحابة بشيء يسير ، والاسناد إليه في هذا جيد وعن ابن سيرين أنه لا يبرأ إلا من عيب يسميه ويريه . هذا ما في هذه المسألة من الإثبات عن الصحابة والتابعين .

وأما العلماء فاختلّفوا على مذاهب (أحدها) أن يبرأ من كل عيب علمه البائع أو لم يعلمه . وهو مذهب أبي حنيفة وأبي ثور ، كما روى

عن ابن عمر وزيد (والثاني والثالث) أنه لا يبرأ من شيء من العيوب ،
واختلفت عبارة هؤلاء فمنهم من يقول : حتى يسميه ، وهو مذهب
ابن أبي ليلى وسفيان الثوري والحسن بن حي وداود ، ونقله
ابن المنذر عن ابن أبي ليلى والثوري هكذا مقيدا ، ونقله غيره عن
الحسن بن حي وداود مطلقا وظاهر النقل عن هؤلاء أنه اذا سمي كفى
سواء أكان العيب مما يعاين أم لا ، وهو موافق لما يقوله القاضي
حسين من أصحابنا على ما سيأتى .

(والثالث) أنه لا يبرأ من شيء حتى يضع يده عليه كما تقدم عن
شريح وعطاء وهو مذهب أحمد في رواية عنه وإسحاق ، ويشبه أن يكون
ذلك الاطلاق فيما يمكن كما فصله أصحابنا كما سيأتى ، لكن قولهم :
انه يضع يده ان كان المراد المعاينة فهو قول أصحابنا فيما يمكن رؤيته ،
وان كان يراد ظاهره من وضع اليد عليه فهو قول آخر وهو بعيد .

(الرابع والخامس والسادس) أنه لا يبرأ من العيب الباطن الذي
لم يعلم به في الحيوان خاصة كقول عثمان ، وهو مذهب مالك الذي
ذكره في الموطأ هنا .

قال مالك : الأمر المجتمع عليه عندنا فمن باع عبدا أو وليدة
أو حيوانا بالبراءة فقد برىء من كل عيب فيما باع ، إلا أن يكون
علم في ذلك عيبا ، فان كان علم عيبا فكتمه لم تنفعه تبرئته وكان ما باع
مردودا عليه . وهذا القول يخرج منه عند أصحابنا في تحريره ثلاثة
أقوال كما سيأتى ان شاء الله تعالى .

(السابع) قول ثان لمالك — وقاله ابن عبد البر : ان مالكا رجع
اليه — أنه لا يبرأ بذلك إلا في الرقيق خاصة فبيرا مما لم يعلم ولا
بيرا مما علم فكتم ، وبعضهم قيد ذلك بأن يكون البيع من الفحاش
لأن الفحاش تشتري لتربح — وأما في سائر الحيوان وغير الحيوان
فلا يبرأ به عيب أصلا .

(والثامن) قول ثالث لمالك ، وقيل : انه الذي رجع اليه أنه

لا ينتفع بالبراءة الا في ثلاثة أشياء فقط ، وهو بيع السلطان للمغرم
أو على مفلس . قال بعضهم : أو في ديون الميت (والثاني) الحيب
الخفيف في الرقيق خاصة لكل أحد (والثالث) فيما يصيب الرقيق في
عهدة الثلاث خاصة .

(والتاسع) أن البيع باطل كما هو قول في المذهب خارج من التفريع
على القول الثاني . ولا أعرفه صريحاً عن أحد من السلف الا عن مذهبنا
وبعض الظاهرية وان صح أن أحداً يقول لابد من وضع اليد كما هو
ظاهر النقل عن شريح وغيره كانت المذاهب عشرة . هذه جملة
المذاهب .

(وأما) تفصيل مذهبنا فقد اختلف الأصحاب عن طرق أشهرها ،
وبه قال ابن سريج وابن الوكيل والاصطخري : أنه على ثلاثة أقوال
وهي المذكورة في الكتاب وأظهر الأقوال الثالث منها . وهو أنه يبرأ
في الحيوان مما لا يعلمه البائع من الباطن دون الظاهر ودون ما يعلمه
من الباطن ، ولا يبرأ في غير الحيوان بحال وحاصل هذه الطريقة أن
في الحيوان ثلاثة أقوال ، وفي غير الحيوان قولين . ولا يجيء الثالث
في غير الحيوان لأنه لا باطن له . كما قاله القاضي أبو الطيب والقاضي
حسين وغيرهما .

(والطريق الثاني) القطع بهذا القول الثالث والى ذلك ذهب
ابن خيران وأبو اسحاق المروزي على ما حكاه الماوردي وغيره ،
وقال ابن أبي عصرون : انها الأصح ، وقال الامام انها الاليق بكلام
الشافعي مع قوله : ان الأولى أشهر وفي المجرد من تعليق أبي حامد
نسبتها الى عامة أصحابنا . (والطريق الثالث) حكاية الماوردي عن
ابن أبي هريرة أنه يبرأ في الحيوان من غير المعلوم دون المعلوم ،
ولا يبرأ في غير الحيوان من المعلوم . وفي غير المعلوم قولان ، وقد
رأيتها كذلك في تعليق أبي على الطبري عن ابن أبي هريرة .

(والطريق الرابع) يخرج من منقول الامام ، وهي اثبات ثلاثة
أقوال في الحيوان وغيره (ثالثها) الفرق بين المعلوم وغير المعلوم .

(والطريقة الخامسة) القطع في الحيوان بالفرق بين المعلوم وغيره ، وأجراء الأقوال الثلاثة في غير الحيوان ، وهي تخرج من نقل سلام شارح المفتاح . والطريقة الثالثة والرابعة والخامسة مقتضاها عدم التفرقة بين الباطن والظاهر ، وكذلك طرد التفصيل في غير الحيوان ، وهو لا باطن له كما تقدم عن القاضي أبي الطيب ، وذلك يوافق ما حكاه الامام والماوردي والرافعي أن منهم من اعتبر نفس العلم ، والأكثر جعلوا العيوب الظاهرة من الحيوان كالمعلومة لسهولة الاطلاع عليها والبحث عنها . قال الامام : وإذا جمع جامع الحيوان الى غيره انتظم له أقوال (أحدها) الصحة في الجميع (والثاني) الفساد في الجميع (والثالث) الفرق بين الحيوان وغيره (والرابع) الفرق بين ما علمه البائع وكتمه ، وبين ما لم يعلم ، وقد ذكرنا البعض الظاهر والباطن فقد يجزى من خلاف الأصحاب فيه قول خامس (وقال) الغزالي في البسيط : ان مجموعها سبعة أقوال (أحدها) صحة الشرط مطلقا (والثاني) فساد مطلقا (والثالث) فساد فيما علمه ، وصحته فيما لم يعلمه (والرابع) فساد فيما علمه أو يسهل العلم به (والخامس) فساد في غير الحيوان وصحته في الحيوان (والسادس) فساد اذا ابهم العيب وصحته اذا عينه (والسابع) فساد فيما سيحدث في يد البائع اذا ذكر مقصودا وصحته فيما عداه (قلت) وفي الخامس نظر لانه يقتضى الصحة في الحيوان مطلقا من غير تفصيل فتحرير العبارة فيه أن يقال يفسد في غير الحيوان ويصح في الحيوان فيما لم يعلم أو لم يسهل العلم به . والسابع صحيح لما سيأتى عن القاضي حسين مع جريان الخلاف مع التبيين (والثامن) صحيح أيضا لما سيأتى ، ويأتى فيه وجه ثامن بالفساد فيما سيحدث في يد البائع اذا ذكر ولو تابعا (والوجه التاسع) بطلان العقد وسبب اختلاف الأصحاب على هذه الطرق أن الشافعي قال على ما حكاه المزني في المختصر : اذا باع لرجل شيئا من الحيوان بالبراءة ، فالذي أذهب اليه قضاء عثمان ابن عفان رضى الله عنه أنه برىء من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه ولم يسمه ويقفه عليه تقليدا ، وأن الحيوان يفارق ما سواه لانه يفتدى بالصحة والسقم وتحول طبائعه وقلما يبرأ من عيب يخفى أو يظهر . وان صح في القياس لولا ما وصفنا من افتراق الحيوان وغيره أن لا يبرأ من عيوب لم يرها ولو سماها لاختلافها ، أو يبرأ

من كل عيب ، والأول أصح . وهذا النص نقله المزني من اختلاف
العراقيين من الأم ، فإن فيه في باب الاختلاف في العيب قال الشافعي :
وإذا باع الرجل العبد أو شيئاً من الحيوان بالبراءة من العيوب ،
فالذي نذهب إليه والله أعلم قضاء عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه
برئ من كل عيب لم يعلمه ولم يبرأ من عيب علمه ولم يسمه البائع
ويقفه عليه ، وإنما ذهبنا إلى هذا تقليداً ، وأن فيه معنى من المعاني
بفارق فيه الحيوان ما سواه وذلك أن ما كانت فيه الحياة فكان يغذى
بالصحة والسقم وتحول طبائعه قلما يبرأ من عيب يخفى أو يظهر ، فإذا
خفى على البائع أترأه يبرئه منه ؟ وإذا لم يخف عليه فقد وقع اسم
العيوب على ما نقصه يقل ويكثر ويصغر ويكبر ، وتقع القسمة على
ذلك ولا يبرأ منه إلا أن يقفه عليه . وإن صح في القياس لولا التقليد
وما وصفنا من مفارقة الحيوان غيره أن لا يبرئه من عيب كان به لم
يره صاحبه ولكن التقليد وما وصفنا أولى بما وصفنا ، هذا كلام
الشافعي رحمه الله في اختلاف العراقيين ، وفيه زيادة فائدة على ما قاله
المزني عنه وهو قوله : العبد أو شيئاً من الحيوان فإن فيه تصريحاً
بالتسوية في ذلك بين العبد الذي يخبر عن نفسه وبينه على العيب الذي
به ، وبين غيره من الحيوان الذي لا يمكن فيه ذلك ، وهذه فائدة
جليلة ، وليس كما وقفت عليه من اختلاف العراقيين ، ذكر الذي قاله
المزني آخر ما أنه يبرأ من كل عيب إذا عرف ذلك فلاكترون قالوا :
إن هذا الكلام من الشافعي يقتضي التردد بين القول الأول الموافق
لقضاء عثمان وبين القولين الأخيرين اللذين أشار إليهما بقوله :
وإن صح في القياس لولا ما وصفنا أن لا يبرأ أو يبرأ من كل عيب ،
فهذه ثلاثة أحوال .

ومنه من منع ذلك وقال : وإن كان الشافعي أشار إلى ذلك
ولكنه اختار القول وقال : لولا قضاء عثمان ومفارقة الحيوان لغيره
لكان القياس هذا ولكن تركت القياس لقول عثمان ، والفرق بين
الحيوان وغيره . قال القاضي أبو الطيب (قلت) أنا : قال الشافعي
في كتابه اختلافه ومالك : ولو ذهب ذاهب إلى أن من باع بالبراءة برئ
مما علم ومما لم يعلم لكان مذهباً يجد فيه حجة ، وهذا مثل قول

أبى حنيفة • وقد نص عليه في هذا الكتاب ، وهذا يبطل قول من قال : أن مذهبه لا يختلف فيه ، وأنه قول واحد • انتهى •

والجوزي نقل هذا النص عن رواية حرمة والماوردي ذكر هذا النص • وقال ابن خيران وأبو اسحاق لم يخرجوا ذلك قولاً لاجماله (قلت) والاجمال فيه ظاهر ، وقد اختار المصنف في اللمع أن مثل هذه العبارة لا تجوز أن يجعل ذلك قولاً له ، والمشهور طريقة اثبات الأقوال لما تقدم ، وفي الاستذكار لابن عبد البر أن الشافعي قال في الكتاب العراقي ببغداد بأنه لا يبرأ الا من عيب يريه للمشتري ، فاستفدنا بهذا النقل اثبات القول بعدم البراءة ، وأنه في القديم •

وأضعف الطرق الطريقة الرابعة المأخوذة من الامام ، لأنها لم تغرق بين الحيوان وغيره ، وذلك خلاف صريح قول الشافعي • وطريقة ابن أبي هريرة محتملة • ولو ذهب ذاهب الى طريقة سادسة — وهو أنه في الحيوان يقطع بالقول الثالث ، وفي غير الحيوان قولان : (أحدهما) يبرأ مطلقاً (والثاني) لا يبرأ مطلقاً • لكان ذلك وجهاً • وهذه غير طريقة ابن أبي هريرة • لأنه يقطع بأنه لا يبرأ من غير المعلوم في الحيوان • وهذه الطريقة التي أقولها مقتضاها اجراء القولين في غير الحيوان فيما علمه وفيما لم يعلمه والقطع بالتفصيل في الحيوان • ووجه هذه الطريقة اختيار الشافعي لقضاء عثمان •

وقوله : أنه لولا ذلك والفرق بين الحيوان وغيره لكان يبرأ أو لا يبرأ • يعني كان فيه قولان • وهذا دليل على ثبوت القولين فيما عدا المحل الذي فيه تقليد عثمان • والفرق المذكور وهو غير الحيوان • بالطريقة القاطعة بأنه لا يبرأ فيه من عيب أصلاً ، كما تقتضيه طريقة ابن خيران وأبى اسحاق لا دليل عليها من كلام الشافعي ، وإنما غاية كلام الشافعي على مقتضى استدلالهم أن يدل على القطع في الحيوان خاصة ، فهذه طريقة لم أر أحداً ذهب إليها ، ولها وجه ظاهر من كلام الشافعي • وقول الشافعي في المختصر : والأول أصح ، الظاهر أنه يريد به الأول من الاحتمالين اللذين ذكرهما لولا تقليد عثمان ومفارقة الحيوان لغيره أي أن القول انه لا يبرأ على ذلك التقدير أصح من

القول بأنه يبرأ من كل عيب لأجل ذلك ، والله أعلم . اقتصر عليه في اختلاف العراقيين ، ويحتمل أن يكون المراد بالأول ما قاله موافقاً لقضاء عثمان ويكون في ذلك تقوية لأن في المسألة ثلاثة أقوال في الحيوان وقولين في غيره كما هو الطريقة المشهورة .

(فرع) قسم الماوردي البيع بشرط البراءة الى ثلاثة أضرب :

(أحدها) يبرأ من عيوب سماها ووقف المشتري عليها ، فهذه براءة صحيحة وبيع جائز ، لانتفاء الجهالة ولزوم الشرط في العقد ، فان وجد المشتري بالمبيع غير تلك العيوب فله الرد ، وان لم يجد الا تلك فليس له الرد .

(الضرب الثاني) أن يبرأ من عيوب سماها ، ولم يقف المشتري عليها ، فهذا على نوعين (أحدهما) أن تكون العيوب مما لا يعين كالسرقة والاباق ، فتصح البراءة فيها بالتسمية ، لأنها غير مشاهدة ، فلم يمكن الوقوف عليها ، واكتفى بالتسمية فيها فان ذكرها اعلام واطلاع عليها .

(والنوع الثاني) أن تكون مما يعاين كالبرص والقروح . فلا تكفى التسمية حتى يقف عليها ويشاهدها لأن لنقص العيب قسطاً من الثمن يزيد بزيادته العيب وينقص بنقصه فصارت التسمية لها عند عديم مشاهدتها جملاً بها .

(قلت) وهذا معنى قوله في المختصر : ولو سماها لاختلافها ، وكذلك قوله في اختلاف العراقيين : ولا يبرأ منه الا أن يقفه عليه . وكلام الماوردي يقتضي أن هذا الضرب ليس محل الخلاف . ولا شك أن القائل بالبراءة مطلقاً اذا أطلق شرط البراءة يقول هنا عند التسمية وان لم يقفه عليها بطريق الأولى . وكذلك اذا كان البرص ونحوه في باطن فان الأصح أن يبرأ منه اذا لم يعلمه عند الإطلاق ففي حالة التسمية كذلك ، وكذلك قال الرافعي : انه ان أراه موضع البرص وقدره صح وان لم يره فهو كشرط البراءة مطلقاً ، وكذلك يقتضيه كلام

الامام والموراني والمتولى والبغوى ، ويتبغى أن يحمل كلام الماوردى على هذا المعنى .

قال الرافعى : هكذا فصلوه ، وكأنهم تكلموا فيما يعرفه في المبيع من الميوب وأما ما لا يعرفه ويريد البراءة عنه لو كان ، فقد حكي الامام تفريعا على فساد الشرط فيه خلافا مخرجا على ما ذكره من المعنيين ، يعنى أن العلة في فساد الشرط الجهالة أو كونه من مقتضى العقد (ان قلنا) بالأول صح لانتفاء الجهالة (وان قلنا) بالثاني فلا ، ومثل صاحب التتمة بتسمية العيب بأن يقوله على أنه برىء من الزنا والاباق والسرقة ، وهذا الذى تقدم من أن الذى تمكن معاينته لا تكفى فيه التسمية هو قول الأصحاب .

قال القاضى حسين : وعنه يكون يصح في هذا الموضع لقلة الجهالة ، وهذا مخالف لما تقدم من كلام الشافعى ، ومثل القاضى هذا النوع باخباره بمثل الجدار وانكساح الجذع .

(فرع) ادعى الرافعى أنه لا خلاف في البراءة اذا شرط البراءة من الزنا والسرقة والاباق ، لأن ذكرهما اعلام ، وفي كلام القاضى حسين في الفتاوى ما يقتضى المنازعة في هذا الاطلاق ، وأنه ان قال : هو أبق وبعته بشرط أنى برىء من عيب الاباق برىء قطعا ، ولو قال : لا أعامه أبقا وبعته بشرط أنى برىء من عيب الاباق قال : فلهذه المسألة مقدمة ، وهى أنه لو اشتراه ولم يعلمه أبقا فقال : أبرأتك من عيب الاباق ، فبان أبقا هل له الرد ؟ وجهان كما لو باع مال ابنه على ظن أنه حى فبان ميتا .

(فان قلنا) ببرأ برىء هنا (وان قلنا) لا ببرأ غالبيع بهذا الشرط هل يصح ؟ على قولين (فان قلنا) يصح ففى صحة الشرط جوابان — وان قال : بعته بشرط أنى برىء من الاباق ، يعنى لو لم يعلم شيئا قال : فالظاهر أنه ليس له رده ، لأن الشرط اعلام .

وان قال : لا أعلم هل هو أبق أو لا ، ولم يرد عليه ، يعنى ولم يشترط لوجوده أبقا فله الرد ، ذكر هذه المسائل القاضى حسين في فتاويه .

(الضرب الثالث) أن يبرأ الله من كل عيب من غير أن يسميها ، ولا يقف المشتري عليها فهو محل الأقوال والطرق المتقدمة .

(فرع) في الاستدلال للأقوال المذكورة غير القول الظاهر من المذهب أو أجوبتها . أما القول الأول وهو أنه يبرأ من كل عيب ، وهو مذهب أبي حنيفة فلقوله صلى الله عليه وسلم : «المؤمنون عند شروطهم» وبأن الإبراء من المجهول صحيح لقوله صلى الله عليه وسلم لرجلين تخاصما عنده في مورايت درست : « أسهما وأوجبا وليحلل أحكما صاحبه » رواه البيهقي في كتاب الصلح ، وبأنه اسقاط حق لا تسليم فيه فيصح في المجهول كالطلاق والعتق ، وبأن خيار العيب انما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامة ، فإذا صرح بالبراءة ارتفع الاطلاق .

(والجواب) عن الأول أنه روى في هذا الحديث ما وافق الحق منها ، على أن الحديث المذكور فيه كلام ، ومنع بعضهم صحته ، ثم هو معارض لقوله صلى الله عليه وسلم : « كل شرط ليس هو في كتاب الله فهو باطل » ونهيه عن بيع وشرط (وعن الثاني) بأن التحليل يصح بأن يصيره معلوما . فيقول : من كذا وكذا (وعن الثالث) بأن الطلاق والعتق يصح تعليقهما ، فصحا في المجهول بخلاف الرد بالعيب . وأما القول الثاني وهو أنه لا يبرأ من شيء من العيوب الا بالتسمية والتوقيف فالنهي عن بيع وشرط . وعن الفرز .

ومن القياس أنه رفق في البيع لا يثبت الا بالشرط ، فلا يثبت مع الجهالة كالأجل والرهن والضمان ، ولأنه عيب لم يقف عليه المشتري فثبت له رد المبيع على صفته كما اذا لم يبرأ منه وفيه احتراز عن حدوث العيب والرضا به ، وبأن الإبراء من المجهول لا يصح لأنه تبرع لا يصح تعليقه فلا يصح في المجهول كالهبة وبأنه خيار ثابت بالشرع فلا ينفي بالشرط كسائر مقتضيات العقد .

وملخص هذه الأقيسة الدالة لهذا القول ترجع الى سببين (أحدهما) التعليل بالجهالة (والثاني) بمخالفة مقتضى العقد ، ووضع الشرع في الرد بالعيب . فان قالوا : الهبة فيها تسليم والجهالة تمنع من التسليم ،

انتقض عليهم بالوصية والاقرار ، وفيهما تسليم واجب ، ويصحان في المجهول ، وفي الاستدلال طريقة أخرى بأن تفرض المسألة غيماً شرط البراءة مما يحدث في يده من عيب ، لأنه ابراء من الضمان قبل التسليم ، فلم يجز كالإبراء من ضمان جميع الثمن إذا تلف في يده ، وأما القولان الرابع والخامس فضعيفان جداً لا دليل لهما ، والسادس وهو مذهب أحمد قريب من الثالث الذي هو ظاهر المذهب .

(فرع) في الاستدلال للقول الظاهر من المذهب ، الحجة في ذلك ما ذكره الشافعي رضي الله عنه من قضاء عثمان رضي الله عنه مع مفارقة الحيوان لما سواه كما بينه ، فلو حكمنا بأن البيع والشرط لا يصح لأدى إلى أن لا يستقر بيع في حيوان أصلاً ، والتمسك به من وجهين (أحدهما) أن ابن عمر من كبار الصحابة وزيد بن ثابت أيضاً كذلك ، وقد قيل أنه المشتري منه وترافعهما إلى امام الوقت في خصومة ويقضى بينهما بقضاء ، الظاهر أن ذلك يعسر ، ولم يثبت عن أحد منهم الإنكار فكان اجماعاً ، واعترض على هذا بأن ابن عمر مخالف ، فإنه علم بالعيب واعتقد أنه لا يثبت الرد (أما) علمه فلامتناعه من اليمين (وأما) اعتقاده فلو لم يكن كذلك لقبه .

وأجاب الأصحاب بأنه يحتمل أن لا يكون علم وامتنع عن اليمين تورعاً (قلت) وهذا الجواب والاحتمال يعتضد بما تقدم عن البيهقي أنه لم يثبت عن ابن عمر القول بالبراءة ، لكن الشافعي رحمه الله في اختلافه مع مالك قال : وقد اختلف عثمان وابن عمر في العبد يبتاع ويبرأ صاحبه من العيب ، فقضى عثمان على ابن عمر رضي الله عنهما بأن يحلف ما كان به داء علمته ، وقد رأى ابن عمر أن التبري يبرئه مما علم وما لم يعلم ، قال الشافعي يخاطب من سأل : فاخترت قول ابن عمر وسمعت من أصحابك من يقول : عثمان الخليفة وقضاؤه بين المهاجرين والأنصار كأنه قول عامتهم ، وقوله بهذا كله أولى أن يتبع من ابن عمر . انتهى .

ذكر الشافعي هذا فيما روى مالك عن عثمان وخلافه . فهذا الكلام من الشافعي يقتضي اعتقاده أن ابن عمر مخالف لعثمان ، وحينئذ يعتضد

الاستدلال بهذا الوجه الذى ذكره الأصحاب — وممن ذكره الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب ، وان كان ما ذكروه من الاحتمال صحيحا ، لكن لا يستقيم الاستدلال للشافعى بذلك ، وهو قائل بخلافه • نعم يصح لمن ينظر من حيث الجملة ، ولا يتقيد بكلام الشافعى أن يقوله •

ومما يضعف التمسك بهذا الوجه للمذهب أن الشافعى عَضِدَ قولُ عثمان رضى الله عنه بما ذكره من مفارقة الحيوان لغيره ، وعلى هذا الوجه لا يحتاج الى ذلك وأيضا لو كان كذلك لما سماه تقليدا ، وأيضا لانه مثنى على أن قول الصحابى اذا انتشر ولم يعرف له مخالف يكون كالاجماع السكوتى ، وفيه نزاع ، لانه أنزل رتبة مما يتحقق فيه سكوت الباقين • (وان قلنا) بأن الاجماع فى السكوت حجة لاسيما هذه المسألة مع الاحتمال القوى فى مخالفة ابن عمر وورود الرواية عنه وعن زيد بذلك من غير هذه الطريق وان كانت ضعيفة ، فان ذلك يخرم الظن بعدم الخالف • وذكر الامام ههنا معترضا على التمسك بهذا الوجه أن مذهب الشافعى فى الجديد أنه لا ينسب الى ساكت قول •

(الوجه الثانى) من الاستدلال ما ذكره الشافعى وأشار اليه من اعتضاد قول عثمان رضى الله عنه بالقياس • ومثل هذا يكون حجة عند الشافعى على القديم فلان قول الصحابى حجة يقدم على القياس •

وأما على الجديد فلانه يرى أن قول الصحابى مع القياس الضعيف المسمى عند الماوردى بقياس التقريب يقدم على القياس القوى المسمى عند الماوردى بقياس التحقيق ، وهل المراد بالضعيف الذى لا تجتمع فيه شروط القياس فيشكل اعتضاده ما ليس بحجة بما ليس بحجة • ويأتى فيه البحث الذى تقدم فى المرسل فى مسألة بيع اللحم بالحيوان ، أو الذى اجتمعت فيه شروط القياس لكنه خفى لو انفرد يقدم القياس القوى عليه ، وهذا هو الذى ينبغى أن يكون المراد •

وقد غسر الماوردى فى كتاب الايمان مراده بقياس التقريب وقياس التحقيق وههنا مباحث :

(أحدها) أطلق الشيخ أبو حامد هنا أن قول الصحابي على القديم حجة مقدمة على القياس واقتضى كلامه أن ذلك مطلق وإن لم ينتشر . وقيده الماوردي بالمنتشر الذي لم يعلم خلافه ، وهما قولان في القديم منقولان عن الشافعي في كتب الأصول — وقال ابن الصباغ : انه في القديم حجة ، وفي الجديد ليس بحجة الا أن ينتشر ، فاقضى ذلك أنه اذا انتشر يكون حجة في الجديد .

وقال الجوزي : ان قول الصحابي الذي ليس له مخالف انما يكون حجة في الجديد اذا اعتضد بضرب من القياس وأنه في القديم حجة ، فاذا احتمل المسألة أصلا كان ما وافقه أولى ، وهو أدون الاجتماعات ، وأعلى منه الاجماع الذي تعرفه الخاصة كتحریم النكاح في العدة وأعلى منه ، وهو اجماع الخاصة والعامة لكون الظاهر أربعا ، هذا مختصر كلام الجوزي .

وقال البندنجي في مقدمة كتاب الذخيرة : قال الشافعي في أدب القاضي : ولا يجوز لأحد من أهل العلم أن يقلد أحدا غير رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرد الشافعي أن النبي صلى الله عليه وسلم قوله يسمى تقليدا ، وانما أراد قبول قوله في صورة التقليد — فأما الصحابة فان قال علماءها قولاً كان حجة مقطوعاً على معيتها وان قال واحد منهم قولاً وانتشر في الباقيين فان صوبوه أو قالوا ما يدل على الرضا فهو اجماع أيضاً ، وحجة مقطوع على معيتها ان بلغهم وسكتوا ، ولم يكن منهم ما يدل على نص ولا انكار فاذا انقرض العصر كان حجة أيضاً مقطوعاً على معيتها في اطلاق اسم الاجتماع عليه من ناحية العبارة وجهان ظاهر قول الشافعي أنه لا يسمى اجماعاً . وقال داود ، وأكثر المتكلمين : ليس بحجة .

وان قال واحد منهم قولاً ولم ينتشر قال في القديم : هو حجة ، وهو قول مالك وأبي حنيفة ، وقال في الجديد : ليس بحجة (فان قلنا) ليس بحجة — فان عاضده قياس وأن ضعف — كان قوله مقدماً على القياس القوي ، وان لم يعضده قياس كان بمنزلة قول التابعي يقدم القياس عليه ، ولا يخص بقوله العموم (وان قلنا) حجة قدم

على القياس القوى الا أن يكون القياس في معنى الأصل ، فيكون هذا القياس مقديا عليه ، وهل يخص به العموم ؟ وجهان ، هذا في قول الصحابي على سبيل الفتيا •

اما حكمه فان كان بعد استشارة الصحابة فاجماع ، والا فان انتشر ولم ينكر غالذي سمعت الشيخ يقول : ليس بحجة ، وهو بمنزلة قول الواحد اذا لم ينتشر على قولين ، لان حجم الحاكم لا يسع خارجه ، على يدل السخوت على ارضا ، ورايت ابا علي الصبري في الاغصاح يقول : هذا حجة قول واحد ، ولكن هل يفع على معيتها ؟ على وجهين : (احدهما) نعم كالتقوى (والثاني) لا ، واذا انتشر قول النابعي في التابعين لم يكن كانتشار قول الصحابي في الصحابة على الأصح وهو قول أبي العباس ، هذا تلخيص كلام البندنجي وكثير مما ذكره تشاركه فيه المصنف وأختر الأصحاب ، ولكن في كلامه زيادة فوائد ، فلذلك رأيت نقله ، واختار المصنف على قولنا : أنه ليس بحجة أنه اذا عضده قياس ضعيف لا يصير حجة لأن كلا منهما بانفراده ليس بحجة •

وقال الصيرفي : يصير حجة ، وهو الذي قاله المصنف في الأصول يخالف ما قاله الشيخ أبو حامد والماوردي هنا أن ذلك حجة على القديم والجديد ، وقد قدمت أنه ينبغي تفسير الضعيف بما يكون حجة الا أن يكون ثم قياس أقوى منه فيقدم هو مع قول الصحابي على القياس القوى ، وحينئذ يتجه ما قاله الشيخ أبو حامد ولا يرد ما قاله المصنف الا أن يكون فهم عن الصيرفي أنه يقول بظاهر عبارته وحينئذ لا يكون قادحا في دعوى عدم الخلاف في مسألتنا ، اذا فسرنا الضعيف بالتفسير الذي ذكرته •

وقد رأيت كلام أبي بكر الصيرفي في كتابه المسمى بالاجماع والاختلاف ، وهو يشعر بما قلناه ، ويشير الى أن ذلك تأويل قول الشافعي في القديم أنه حجة كأنه يرى أنه اذا لم ينتشر ولا يعضده شيء لا يقول الشافعي به في قديم ولا جديد ، وان اعتضد أو انتشر قال به في القديم والجديد •

قال القاضى حسين فى أول تعليقه : انه اذا اقترن بقول الصحابى قياس خفى قديم على القياس الجلى قولاً واحداً ، وهذا يوافق ما قلته وما قاله الشيخ ابو حامد وغيره ، ويؤيده قول الشافعى فى اختلاف الحديث ، وروى عن على بن ابي طالب رضى الله عنه انه صلى فى ليلة ست ركعات فى كل ركعة ست سجعات ، قال : لو ثبت ذلك عن على لقلت به ، فانه لا مجال للقياس فيه ، فالظاهر انه فعله توقيفا .

فهذا النص من الشافعى يدل على انه يقول بقول الصحابى فى بعض المواضع وان لم يكن ذلك عين المسالة التى نحن فيها ، وانه انما يرده اذا دل دليل على خلافه والأصوليون ذكروا هذا النص من تفاريع الشافعى فى القديم ، وعندى فى ذلك أن اختلاف الحديث من كتبه الجديدة ، وقد رويناه من طريق المصرين عنه . وقال الأستاذ أبو اسحاق الاسفراينى : قول الصحابى اذا انتشر حجة مقطوع بها وهل يسمى اجماعاً ؟ فيه وجهان ، وان لم ينتشر فليس بحجة فى الجديد وهو حجة فى القديم ، فعلى القديم فى تخصص العموم به وجهان ويقدم القياس الجلى عليه .

وفى القياس الخفى وهو الشبه وجهان (أحدهما) يقدم على قول الصحابى . (والثانى) يقدم قول الصحابى عليه ، وهو قول أبى حنيفة ، ومن لا خبرة له من أصحابه يقول : انه يقدم على القياس الجلى ، وأما على الجديد فلا يخص به العموم قطعاً ، وفى ترجيح أحد القياسين المتعارضين به وجهان (الثانى) أن هذا القول اذا لم يكن وحده حجة فالقياس الذى عضده من الفرق بين الحيوان وغيره ان لم يكن حجة أيضاً لم تثبت الدلالة باجماعهما وان كان الفرق المذكور كافياً فى القياس وتقدم الحجة ، فالحجة فيه لا فى القول المذكور .

(والجواب) أن القياس القوى يقتضى أن لا يبرأ مطلقاً أو يبرأ مطلقاً كما قال الشافعى ، وقد أشار الشافعى بقوله : وأنه أصح فى القياس ، يشير بذلك الى أن هذا قياس أصح ، وأن ما ذكره من المعنى بين الحيوان وغيره قياس صحيح فلو انفرد هذان القياسان لقلنا بالقياس الأصح لكن لما جاء قضاء عثمان رضى الله عنه قوى هو

والقياس الصحيح على القياس الأصح • ولا يمنع إذا لم يكن قول الصحابي حجة أن لا يقوى به لاسيما عثمان وقضاؤه في هذا •

(الأمر الثالث) أنه إذا كان الأمر كذلك فلم سماه الشافعي تقليدا ؟ وقبول قول الصحابي على القديم أو إذا اعتضد بما ذكرتم على الجديد حجة وقبول الحجة لا يسمى تقليدا لقبول الخبر •

(والجواب) أن الواجب اتباعه ، وقيام الحجة به وهو مجموع ما حصل من قول عثمان مع القياس الفارق والموصوف بالتقليد هو قول عثمان رضي الله عنه وحده ، وإطلاق التقليد عليه وحده صحيح ، لأنه لا يجب قبوله وحده ولا يدري من أين قاله ، وهذان هما حد التقليد ، فاجتمع هنا تقليد ودليل ، والممتنع عندنا هو التقليد بغير دليل ، والرويانى قال : أنه ما قصد بهذه العبارة محض التقليد ، بل أراد الاستئناس كما قال في الفرائض أنه قلد زيد بن ثابت في الأخوة مع الجد ثم عقبه بالقياس •

(الرابع) في قول مالك رضي الله عنه في ذلك الأمر المجتمع عليه عندنا هو في هذا الموضع وغيره من هذه المشكلات التي استشكلها امامنا الشافعي وغيره ، ففي الأم من كلام الربيع أو من كلام البويطي ، الله أعلم ، في اختلاف الشافعي ومالك (فقلت) للشافعي : ان لنا كتابا قد صرنا الى اتباعه ، وفيه ذكر أن الناس اجتمعوا فيه ، والأمر المجتمع عندنا وفيه الأمر عندنا ، فقال الشافعي : قد أوضحنا لك ما يدلك على دعوى الاجماع بالمدينة أو في غيرها ، وطول الشافعي في البحث في ذلك والأيراد ، نحو ثلاث ورقات ثم قال : وما كلمت منكم أحدا قط فقرأيته يعرف معناها ، وما ينبغي لكم أن تجهلوا كيف موضع الأمر عندنا ان كان يوجد فيه ما ترون •

(قلت) وقد قال أبو الوليد الباجي المالكي في كتابه الذي ألفه في أصول الفقه ، وقد روى اسماعيل بن أبي أويس رحمه الله عن مالك بيان قوله : الأمر المجتمع عليه (فقال) اسماعيل ابن أبي أويس : سألت خالي مالكا عن قوله في الموطأ الأمر المجتمع عليه والأمر عندنا

يفسره لى ، فقال : أما قولى : الأمر المجتمع عليه عندنا ، الأمر الذى لا اختلاف فيه ، فهذا ما لا اختلاف فيه قديما ولا حديثا . وأما قولى : المجتمع عليه فهو الذى اجتمع عليه من ارضى من أهل العلم واقتدى به ، وان كان فيه بعض الخلاف .

وأما قولى : الأمر عندنا وما سمعت أهل العلم فهو قول من ارتضيه واقتدى به ، وما اخترته من قول بعضهم ، هذا معنى قول مالك دون بعضه (قال) وبتريل مالك لهذه الالتفات على هذا الوجه وبريبيها مع صاربيها فى الالتفات يدل على تجوزة فى العبارة ، وأنه يطبق لفظ الجماعة ، وإنما يريد به ترجيح ما يبين اليه من الرتبة .

(انقريش) وقد ذكره المصنف (ان قلنا) الشرط باطل ففى بطلان البيع به وجهان . وعان الامام : قولان (اظهرهما) عند القاضى حسين والامام والروينى وابن داود والرافعى ، وهو قول ابن سريج على ما حذاه الماوردى ، وفى المجموع للمصنف والتجريد له ، وهو من كلام الشيخ أبى حامد انه ظاهر المدسب ، وقال فى العدة : انه ظاهر قول الشافعى ، وهو الذى قدمه المصنف هنا انه لا يبطل لحديث عثمان رضى الله عنه ، فانه صحح البيع لكن هذا الاستدلال فيه نظر لأن الشافعى استدلل لصحة الشرط بآثر عثمان ، فحيف يستدل به لصحة البيع مع بطلان الشرط ؟

واعلم أن قضاء عثمان على ابن عمر رضى الله عنهم باليمين أنه ما علم . نص منه فى أن البيع صحيح ، وقد يقول القائل بعد ذلك : انه ليس فيه أن الشرط صحيح ، لاحتمال أن يكون عثمان عنده أن الشرط باطل ، وأن ظهور العيب موجب للرد على ابن عمر ولو كان غير ذلك من العيوب ، أو فى غير الحيوان ، لقضى فيه بهذا أيضا ، وهذا الاحتمال هو الذى لاحظته صاحب هذا الوجه ، والله أعلم .

لكن يشكل عليه قول عثمان : تحلف أنك ما علمت ؟ وعندنا وعند صاحب هذا لأننا لا نعرف خلافا فى هذا — المذهب فيه أن من حلف فى العيب فى غير هذه المسألة يحلف على البت ، ولا يحلف على نفى

العلم : فان خالف صاحب هذا الوجه في ذلك لم يستقم له على قاعدة الشافعي ، وقد ظهر لك بهذا أن أثر عثمان صحيح في صحة البيع ، وفي أحد أمرين بعده ، اما في صحة الشرط والفرق بين العلم وغيره ، كما قاله الشافعي ، واما في أن من حلف على نفى العيب يحلف على نفى العلم ، فانه قد يكون مذهب عثمان ذلك وهذا يبين لنا اشكالا في التمسك به ، الظاهر من المذهب والامام تمسك له بأن الشرط في وضعه ليس مخالفا لمقتضى العقد ، لأن الغرض من العقد النفوذ ، فالشرط يتضمن تأكيد للزوم والظاهر السلامة ، واعتراض على هذا المعنى بأنه لو صح لوجب الحكم بصحة الشرط من وجهة موافقة مقصود العقد .

وُفرق المتولى بين شرط البراءة وسائر الشروط الفاسدة ، بأن قضية الامتناع من التزام سبب يفضى الى رفع العقد ، فكان موافقا لموضوع العقد ، لكن يرد عليه في هذا الشرط أن المبيع لا يكون في ضمانه قبل القبض ، والمنقول فيه أن العقد يبطل .

(والوجه الثانى) وهو الذى قدمه في التنبيه . وقال الماوردى : انه قول جمهور أصحابنا ، وقال الرويانى وغيره من الأصحاب : انه القياس ، وجزم به الرويانى في الحلية أنه يبطل العقد كسائر الشروط الفاسدة ، ولأنه يختلف ما يقتضيه العقد من الرد بالعيب ، ولأنه يفضى الى جهالة الثمن بالطريقة التى قدرها المصنف وسيأتى أن ابن أبى عسرون اختار هذا أيضا ومال الغزالى اليه ، وفي المجرى من تعليق أبى حامد أن الأول ليس بشئ .

(وان قلنا) بصحة الشرط فكذلك في العيوب الموجودة عند العقد ، أما الحادث بعده وقبل القبض فيجوز الرد به ، قاله الماوردى والمتولى والرافعى وغيرهم ، وقال القاضى حسين : انه لا خلاف على المذهب فيه ، نقل صاحب التتمة وغيره عن أبى يوسف أنه يجوز ، ونقله البغوى عن أبى حنيفة ، وقد وهم بعضهم فزعم أن كلام الغزالى فيه اشارة الى الحاق الحادث بعد العقد وقبل القبض بالحادث قبلها في البراءة عنه وليس في كلام الغزالى الحاق ذلك الا في صحة اشتراط البراءة عنه ، فلا تعتبر بذلك ، وتر شرط البراءة عن العيوب الكائنة

والتي تحدث فقيه طريقان في تعلية القاضي حسين (أحدهما) القطع
بالبطلان (والثانية) على قولين بالكائنة ، وقال الراغبى : فيه وجهان
(أحدهما) يذكر .

وقال الأكثرون غيره : انه فاسد ، قال القاضي حسين : ويطل
البيع بهذا الشرط وصاحب التتمة قال في هذه الصورة : انه اذا فسد
الشرط فالحكم في بطلان العقد على ما سبق ، يعنى فيصح العقد
على المذهب ، فان أفرد ما سيحدث بالشرط فهو بالفساد أولى . قال
الراغبى : ومقتضى ذلك مجيء الخلاف فيه بالترتيب . وقال الامام :
المذهب أن الشرط يبطل بخلاف ما ذكرناه في المسألة الأولى يعنى اذا
جمع بين الكائنة والتي ستحدث .

وشرح الامام بثلاثة أوجه (أحدها) صحة البراءة في العيوب
الحادثة مطلقا . (والثانى) الفساد مطلقا (والثالث) الفرق بين أن
يذكر تابعا أو مقصودا ، وهذا معنى الأولوية التي ذكرها الراغبى ، وحيث
فرقنا بين الحادث والقديم .

فلو اختلفا في عيب هل هو حادث أو قديم ؟ قال الماوردى : ففيه
وجهان من اختلاف أصحابنا في اختلاف العلة فيما اذا ادعى البائع في
غير هذه الصورة الحدوث ، وادعى المشتري القديم ، فالقول قول البائع ،
فمنهم من قال : ان العلة أن الحدوث تعين والتقديم مشكوك فيه ،
فهيئلا يبرأ منه البائع ، ويكون القول قول المشتري — ومنهم من قال :
العلة أن ما أوجب الامضاء أولى ، فالقول هنا قول البائع ، ويمنع
المشتري من الفسخ — وان فرعنا على القول الثالث فلا يبرأ مما علمه
وكتمه ، ولا عما لم يعلمه من العيوب الظاهرة من الحيوان على الأصح ،
ومنهم من اعتبر نفس العلم كما تقدم ، وهما وجهان حكاهما الماوردى ،
هل المراد ما لم يكن معلوما لخفائه ؟ وان علمه البائع ؟ أو ما لم
يعلمه لجهله ؟ ومقتضى كلام الرويانى نسبة الأول الى المحصلين من
أصحابنا ، وأنه الصحيح ، ونسبة الثانى الى حكاية أبى على فى الافصاح
والقاضى أبى حامد فى الجامع وأنه غلط ، والرويانى قال هذا دفعا
لمن زعم أن الحيوان يأتى فيه التفصيل بين المعلوم ، وهو المحكى فى

الأصاح والجامع ، وحيث حكى الوجهين من كلام الماوردى لم يتعرض له ، هل يلحق ما مأكوله في جوفه بالجواز ؟ قيل : نعم لعسر الوقوف .

وقال الأكثرون ، منهم الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والقاضى حسين وغيرهم : لا وقال المحاملى انه لا خلاف فيه ، وكذلك الرويانى قال انه لا خلاف فيه وجماعة حكوا الخلاف كما تقدم ، منهم الجرجانى والرافعى وغيرهما لتبدل حال الحيوان ، فان العيب الذى به قد يزول بنفسه وبأنه لا يمكن معرفة العيب الذى فى باطن الحيوان ، وهذا يمكن بادخال عود ونحوه ، وبأن الحيوان يغتذى بالصحة والسقم فلا يخلو فى الغالب عن عيب بخلاف هذا فعلى هذا قال الشيخ أبو حامد : ان (قلنا) بطريقة الاصطخرى كان فيه قولان (وان قلنا) بالطريقة الأخرى ثم يصح الشرط شولا واحدا (قلت) وهذا على السريتب المشهورة ، وتأتى فيه انطرق استندمة .

(فرع) قد اجتمع فى شرط مع العقد ثلاثة أقوال يصحان ويفسدان ، يصح العقد ويفسد الشرط . قال الامام والقاضى حسين قبله : وهذا كاختلاف الأقوال فى شرط نفى خيار المجلس والرؤية اذا جوزنا بيع الغائب ، وفيها الأقوال الثلاثة كما وصفناها ، وخيار الرد بالعيب خيار شرعى يتضمنه مطلق العقد ، كخيار المجلس ، وخيار الرؤية (قلت) لكن الأصح فى نفى خيار المجلس بطلان العقد (والأصح) هنا صحته عند الامام والرافعى ، فيحتاج الى الفرق ، وأما على ما نسبته الماوردى الى الجمهور فلا . قال القاضى حسين : فعلى هذا الترتيب يجتمع فى الحيوان أربعة أقوال هذه الثلاثة ورابع وهو التفصيل .

(تنبيه) عرفت بما تقدم أن المذهب فساد الشرط فى غير الحيوان وصحته فى الحيوان مع التفصيل فى البراءة ، فان سقط ذلك فى غير الحيوان . قال ابن أبى عسرون : فالشرط والبيع باطلان ، وهذا منه كأنه اختيار لقوله : البطلان ، اذا قلنا بفساد الشرط (أما) على القول الذى صححه الرافعى وغيره من أنه اذا فسد الشرط يصح العقد ، فينبغى أن يكون كذلك ، ولا فرق بين الحيوان وغيره فى ذلك اذا قلنا

يفساد الشرط بالحيوان ، وكذلك أطلق صاحب التتمة أن المذهب أن
المعقد صحيح .

(فرع) لو شرط أن لا يرد المبيع بالعييب القديم والحادث في
ضمانه قال القاضى حسين يبطل البيع قولاً واحداً وتبعه المتولى فقال :
إذا شرط أن لا يرد عليه إذا وجد به عيباً فالمعقد باطل وعلاؤه بأنه
منع تصرف في حق ثبت له بمقتضى المعقد بخلاف شرط البراءة ، فإنه
بشرط البراءة منع ثبوت الحق وخالف الرافعى ما جرى فيه الخلاف وهو
أظهر .

وان ما ذكره القاضى في شرط البراءة يمكن أن يقال مثله في شرط عدم
الرد ولو اختلفا في شرط مبيع البراءة فادعاه البائع وأنكر المشتري
(فإن قلنا) البيع صحيح مع شرط البراءة تحالفاً على الصحيح وقيل :
القول قول المشتري مع يمينه لأن الأصل عدم الشرط ، وهو قول
القاضى أبى حامد ، ولم يذكر الرويانى في البحر غيره ، وقال : فيحلف
أنه لم يعلم ولم يرض .

(وإن قلنا) فاسد ، غفى التهذيب أن القول قول البائع بيمينه ،
وينبغى أن يخرج على الاختلاف في دعوى الصحة والفساد ، ومن
المعلوم الظاهر أنه إذا باع بشرط البراءة من عيب علمه المشتري ورآه
أن البيع صحيح ولا أثر للشرط المذكور في هذه الحالة ومن جملة
الإطلاق أن يقول له : هذه هي العيوب وأبرئني منها (وإذا قلنا)
بالصحيح فقال المشتري : علمت هذا العيب وكتمته . وقال البائع :
لم أعلم فالقول قول البائع مع يمينه ، فيحلف بالله بعته وما علمت به
عينا كتمته ، بدليل حديث عثمان ، قاله في التهذيب .

(فرع) شغف بعض الوراقين في هذا الزمان بأن يجعل بدل
شرط البراءة : أعلم البائع المشتري أن بالمبيع جميع العيوب ورضى به ،
وظنوا أن ذلك يجوز منهم عن بطلان البيع ، والشرط على بعض الأقوال
في شرط البراءة ، وهذا جهل لا يجوز فعله ولا يفيد . (أما) أنه
لا يجوز فعله فلأنه كذب ، لأنه لا يمكن اجتماع جميع العيوب في محل ،

ومنها ما هو متضاد (وأما) أنه لا يفيد ، فلما تقدم أن الصحيح عندنا أنه لا يكفي بالتسمية فيما يمكن معاينته كالزنا والسرقة والاباق ، فذكره مجملا بهذه العبارة كذكر ما يمكن معاينته بالتسمية من غير رؤية ، فقياسه أنه لا يفيد فيه أيضا ، فهذا فعل باطل وشهادة باطلة ، قصدت التحذير عنها لأن كثيرا ما يغيرها ولا يجوز للحاكم الزام المشتري بمقتضى هذا الاقرار للعلم بكذبه وبطلانه ، وإذا وقع ذلك يكون حكمه حكم ما لو شرط البراءة ، فيفسد العقد على أحد القولين ، ويصح على الآخر ، ويبرأ من العيب الباطل المجهول في الحيوان دون غيره .

(أقروا) يختم به الباب ، قال النووي في الروضة : قال أصحابنا : إذا انعقد البيع لم يتطرق اليه الفسخ الا بأحد سبعة أسباب : خيار المجلس ، والشرط ، والعيب ، وخلف الشرط المقصود ، والاقالة والتحالف وهلاك المبيع قبل القبض .

(قلت) والتصرية لما كانت ملحقة عند الأكثرين بالعيب ، وعند بعضهم بالخلف لم تكن خارجة عن ذلك ، ولكن قد بقي عليه رجوع البائع عند افلاس المشتري ، وله أن يلحقه بالعيب ، لكن مثلاً هذا التكلف يقتضى عد العيب والخلف شيئا واحدا ، فالوجه جعل ذلك قسما آخر ، وبقي عليه أيضا الافتراق في الرويات قبل التقابض ، وهو راجع الى هلاك المبيع ، وبقي أيضا تعذر امضاء العقد كما في اختلاط الثمار ، وبيع الصبرة بالصبرة المخالفة لها مكيلة ، كما تقدم على اختلاف فيها .

(وأما) الخيار الحاصل بسبب الاجبار في المراجعة فهو راجع الى العيب لأنه كالعيب في المبيع ، وقد ذكر المصنف في التنبيه مسألة الاختلاف في قدم العيب وحدوثه ، وإذا باع عصيرا أو سلمه ، ولم يذكرهما في المذهب في هذا الباب ، وذكر المسألة الأولى في باب اختلاف المتبايعين ، وسنشرحهما هناك إن شاء الله تعالى بعون الله وتيسيره .

فهارس الجزء الحادى عشر

من كتاب المجموع

اولا	: الآيات القرآنية
ثانيا	: الأعلام
ثالثا	: الأحاديث والأخبار والآثار
رابعا	: الأشعار الاستشهادية
خامسا	: الأحكام

أولا : الآيات القرآنية

الصفحة

- ٤٢١ « أطلع الغيب أم اتخذ عند الرحمن عهدا »
- ٣٩ « أعجاز نخل منقعر »
- ٣٠١ « إنما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أهل البيت »
- ٣٧٠ « ثمانية أزواج »
- ٤٥ « فان خفتن ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتتن به »
- ٢١١ « فلا تقل لهما اف »
- ١٥٤ « كلوا من ثمره اذا اثمر وآتوا حقه يوم حصاده »
- ٤٥ « واثموا الصيام الى الليل »
- ٢١٤ « واحل لكم ما وراء ذلكم »
- ١٥٨ « وما جعل عليكم في الدين من حرج »

* * *

ثانيا : الأحاديث والآثار والأخبار

حرف الألف

الصفحة

- أبى ابن عمر أن يحلف وقيل الغلام فباعه بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم ٦٠٨
- أتيت عروة فأخبرته فقال : أروح إليه العشيّة فأخبره أن عائشة رضى الله عنها أخبرتنى أن رسول الله ﷺ قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان فعجلت الى عمر فأخبرته ... الخ ٣٣٩ ، ٤٠٠ ، ٤٠١
- أجل الجارية بها الجذام سنة ٣٢٢
- أحدى العضلات يا أبا هريرة فقال أبو هريرة واحدة تثبتها وثلاث تحرمها ٢١٤
- إذا بعث فقل : لا خلافة ولك الخيار ثلاثا إذا حدثتكم عن الله شيئا فخذوا به ، فاننى لن أكذب على الله ٥٧٠ ، ٣٢٢
- إذا اشتري أحدكم نعجة أو شاة أردت عليها الحج ، قال : أن يخفها نقبا ٤٦
- أرسل الى مولاها أن زوجها قد أبى أن يطلق فاقبلوا جاريتكم ٢٠٦
- ألا لا توطأ حامل حتى تضع ٣٠٢ ، ٢٩٨
- ألا أقرئك كتابا كتبه لى رسول الله ﷺ ؟ قلت : بلى فأخرج لى كتابا : هذا ما اشترى العداء بن خالد ابن هوزة من محمد رسول الله ﷺ ، اشترى منه عبدا أو أمة لا ذاء ولا خبثة ولا غائلة بيع المسلم المسلم ٣٤٧
- أمة تباع ولها زوج قضى عثمان أنه عيب ترد به أما لا فلا تباعوا حتى يبدؤ صلاح الثمرة ١٤٦
- كالمشورة يشير بها لكثرة خصومتهم أن أبا سالم باع غلاما بثمانمائة بالبراءة من كل أمة فوجد الرجل به عيبا ، فخاصمه الى عثمان ٣٠٣
- ٥٦٩
- ١١٧

- رضي الله عنه فقال عثمان لابن عمر : اخلف وما به
داء تعلمه ، فأبى ابن عمر أن يحلف وقبل الغلام
مبايعه بعد ذلك بألف وخمسمائة
٦٠٨
ان حيان بن منقذ كان يخدع في البيع فذكر ذلك
للنبي ﷺ فقال : اذا بيعت فقل : لا خلافة ولك
الخير ثلاثا
٥٧٠
ان الخراج بالضمان
٣٩٩
ان بخفيها نقبا
٢٩٨ ، ٣٠٢
ان رجلا من مزينة طلق امراته ثلاثا قبل أن يدخل
بها ، فأتى ابن عباس يسأله وعنده أبو هريرة رضي
الله عنه فقال ابن عباس رضي الله عنه : احسدى
المعضلات يا أبا هريرة فقال أبو هريرة رضي الله
عنه : واحدة تثبتها وثلاث تحرمها ، فقال
ابن عباس : زينتها يا أبا هريرة ، أو قال :
نورتها أو كلمة تشبهها — يعنى أصاب
٢١٤
ان شريكى باعك ابلا هيا ولم يعرفك قال :
فاستقها اذن فلما ذهب ليستاقها قال ابن عمر :
دعها رضيينا بقضاء رسول الله ﷺ لا عدوى
٣١٠
ان شاء ردها وصاعا من تمر وكان بها احتلب
من لبنهما
٢٤٩
ان ثنت كسروا فما وجدوا سدا ردوه
٥١٦
ان صدقا وبيننا بورك لهما في بيعهما ، وان كذبا
وكتما محقت بركة بيعهما
٣٠٣
ان النبي ﷺ أنشد قول الأعرابي حين حرم عليه
بعض ملوك الجاهلية ثمرة نخلة له :
جذدت جنى نخلتى ظالما وكان الثمار لمن قد أبرأ
٣١
فقال النبي ﷺ : وكان الثمار لمن قد أبرأ
٥٦٩
ان عثمان قضى بأنه عيب ترد منه
انما ظننت ظنا فلا تؤاخذوني بالظن ، ولكن اذا
حدثكم عن الله تعالى شيئا فخذوا به فاننى لن
أكذب على الله تعالى
٥٢٠
أى الرقاب أمضل ؟ قال : أعلاها ثمنا وانفسها
عند أهلها
٥٣٠
أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل
٤٦

حرف الباء

الصفحة

- ٣٤٩ بدو الصلاح في الثمر بطلوع الثريا
ابصر النبي ﷺ الناس يلحقون فقال : ما للناس ؟
قالوا : يلحقون . فقال : لا لقاح أو لا أدري اللقاح
شيئا ، فقال : تركوا اللقاح فخرج ثمر الناس شيئا
فقال النبي ﷺ : ما شأنه ؟ قالوا : كنت نهيت عن
اللقاح فقال : ما أنا بزارع ولا صاحب نخل لئحوا
٤٦ بعثت بالحنيفية السمحة
١٥٩ باع رجل على عهد رسول الله ﷺ حائطا مثمرا
ولم يشترط البتاع الثمر ولم يستثن البائع ولم يذكره
فلما ثبت البيع اختلفا في الثمر واحتكما منه الى
النبي ﷺ فمضى بالثمر للذي لقح النخل — البائع ٣٠
ابتاع رجل غلاما فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم به
ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي ﷺ ورده عليه
فقال الرجل : يا رسول الله .. قد استغفل غلامي
فقال رسول الله ﷺ : الخراج بالضمان ٣٩٨
باع عبد الله بن عمر غلاما بشمانمة بالبراءة
من كل آفة فوجد الرجل به عيبا فخاصمه الى
عثمان رضي الله عنه فقال عثمان لابن عمر رضي الله
عنه : احلف لقد بعته وما به داء تعلمه ، فأبى
ابن عمر أن يحلف ، وقبيل الغلام فباعه بعد ذلك
بألف وخمسمائة
٦٠٨ بيع المسلم المسلم لا داء ولا خبثة ولا غائلة
٣٠٣ بايعت رسول الله ﷺ على إقامة الصلاة وإيتاء
الزكاة والنصح لكل مسلم ٣٠٣
البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، فإن صدقا وبينا
بورك لهما في بيعهما وإن كذبا وكتما محقت بركة
بيعهما ٣٠٣
المتبايعان بالخيار وإن تفرقا بعد أن تابعا ولم
يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع ٣٣١
بيع المحفلات خلافة ولا تحل الخلافة لمسلم ٢٢٩
ابتعت غلاما فاستغليته ثم ظهرت منه على عيب
فخاصته فيه الى عمر بن عبد العزيز فمضى له
برده ، وقضى على برده غلته ، فأتيت عسرة

فأخبرته ، فقال : أروح إليه العشيّة فأخبره أن عائشة رضي الله عنها أخبرتنى أن رسول الله ﷺ « قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان » فمجلت الى عمر فأخبرته ما أخبرنى عروة ، فقال عمر : فما أيسر على من قضاء قضيته الله يعلم انى لم أر فيه الا الحق ، فبلغنى نيه بسنة عن رسول الله ﷺ فراح إليه عروة فمضى له أن آخذ الخراج من الذى قضى به على له

٣٩٩ ، ٤٠٠ ، ٤٠١

ابتاع عبد الرحمن بن عوف جارية فقبل له : أن لها زوجا فأرسل الى زوجها فقال له : طلقها ، فأبى ففعل له مائتين فأبى ففعل له خمسمائة فأبى ، فأرسل الى مولاه أنه قد أبى أن يطلق فأقبلوا جاريتمكم

٣٤٧

٣٠٢

بين لك ما فيها
يتبايعون الثمار ماذا جذ الناس وحضر تقاضيتهم
قال المبتاع : أنه أصاب التمر الزمان

١١٧

حرف التاء

٤٦

٢٢٢

تركوا اللقاح فخرج ثمر الناس شيصا
تمر أو شصير

حرف الشاء

٣٠

٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٢

٢٢٠

٢٢ ، ٢٣ ، ٢٨

٥٢

٥٢٠

ثبت البيع
ثلاثة أيام زمن الخيار
ثلاث ليال عهد الرقيق
ثمرتها للبايع الا أن يشترط المبتاع
ثمناها أعلى وانفسها عند أهلها
ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي ﷺ ورد عليه
فقال الرجل : يا رسول الله .. قد استغل غلامى
فقال رسول الله ﷺ : الخراج بالضمان

٣٩٨

حرف الجيم

جاء نواس الى ابن عمر فقال : أن شريكى
باعك ابلا هيم

٣١٠

جارية لم يطلقها زوجها فقال له : طلقها فأبى
فجعل له مائتين فأبى فجعل له خمسمائة فأبى فأرسل
إلى مولاهما أنه قد أبى فأقبلوا جاريته
فجعل النبي ﷺ بالخيار فيما يبتاع ثلاثا فترد عليه
دراهمه ويأخذ سلعته
فجعل له مائتين فأبى فجعل خمسمائة فأبى .. الخ

حرف الحاء

حبان بن منقذ رضى الله عنه كان يخدع في البيوع
فجعل النبي ﷺ له الخيار ثلاثا أن شاء أخذ وان
شاء رد
حتى يبلغ الكتاب أجله
احتكما منه إلى النبي ﷺ ف قضى بالثمن للذى
لقح النخل
يطلبها وان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا
من تمر بها احتلب منها
يخلف ما كان به داء علمته وقد رأى ابن عمر
التبرى، يبرئه مما علم وما لم يعلم
ليحلل أحدكما صاحبه
يحمل نخل أنس بن مالك في السنة مرتين

حرف الخاء

أخبر نواس أنه باعها من شيخ كذا وكذا
سار به : .. ويليك .. فجاء نواس أنه باعها
أخبرتني عائشة رضى الله عنها أن رسول الله ﷺ
مضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان
خُذ سلعتك ورد دراهمي فيقول :
لا أفعل .. الخ
الخراج بالضمان = أخبرتني عائشة
خرج ثمر الناس شيئا
الخصومة في ذلك كثرت عنده فقال ﷺ : أما لا
فلا تبايعوا حتى يبدو صلاح الثمرة كالمشورة يشير
بها لكثرة خصومتهم
تخاصما عند النبي ﷺ في مواريث درسيست
فقال ﷺ : أسهما وأوجبا ليحلل أحدكما صاحبه

خاصمه الى النبي ﷺ ورد عليه فقال الرجل :
يا رسول الله قد استفل غلامى فقال ﷺ : الخراج
بالضمان

الخيار ثلاثة أيام

٣٩٨
٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٢

حرف الدال

ادخل يده فيه فقال : لعلك غششت من غشنا
فليس منا

٣٠٢ ، ٣٠٣

أدركنى وائلة وهو يجز ردائه فقال : يا عبد الله
اشتريت ؟ قلت : نعم قال : بين لك ما فيها ؟

٣٠٢

٢٢٢ ، ٥٧٠

دراهمه ترد عليه

٣١٠

٣٠٣ ، ٣٠٧

دعها رضىنا بقضاء رسول الله ﷺ لا عدوى
الدين النصيحة

حرف الذال

ذكر للنبي ﷺ أن حبان بن منقذ كان يخدع في
البيع فقال : اذا بيعت فقل : لا خلافة ولك الخيار
ثلاثاً

٢٢٢ ، ٥٧٠

حرف الراء

رايت رسول الله ﷺ مر بجنيات رجل عنده طعام
في وعاء فأدخل يده فيه فقال : لعلك غششت من
غشنا فليس منا

٣٠٣

أرايت ان منع الله تعالى الثمرة فبم يأخذ
أحدكم مال أخيه

١١٧ ، ١١٨ ، ١٢٢

١٤٥

أردده فانك قد غبت او غششت فيرجع الى
بيعه فيقول : خذ سلعتك ورد دراهمى فيقول :
لا لا أفعل قد رضيت فذهبت حتى يمر الرجل من
أصحاب النبي ﷺ فيقول : ان رسول الله ﷺ قد
جعل بالخيار فيما يتنازع ثلاثاً فترد عليه دراهمه
ويأخذ سلعته

٢٢٢ ، ٥٧٠

٥٧. رد على دراهمي وخذ سلعتك
 ٣١٠ رضينا بقضاء رسول الله ﷺ لا عدوى
 ٣١٢ رده عليه بالعيب

حرف الزاي

- زينتها يا أبا هريرة أو قال : نورتها أو كلمة
 تشبهها
 ٢١٤

حرف السين

- ٢١٤ سأل رجل ابن عباس وعنده أبو هريرة
 ٦٢٢ ست ركعات في كل ركعة ست سجعات
 ٢١٠ سقاه الله تعالى وأطعمه
 ٥٧. سلعتك خذها ورد دراهمي
 استقتها إذن فلما ذهب ليستاقها قال ابن عمر :
 ٣١٠ دعها رضينا بقضاء رسول الله ﷺ لا عدوى

حرف الثمين

- اشترى عبد الرحمن بن عوف من عاصم بن عدى
 ٥٦٩ جارية فأخبر أن لها زوجا مردها
 اشترى ابن عمر ابلاهيما من شريك لرجل يقال
 له نواس من أهل مكة فأخبر نواس أنه باعها من
 شيخ كذا وكذا ، فقال له : ويلك . . فجاء نواس
 الى ابن عمر فقال : ان شريكي باعك ابلاهيما ولم
 يعرفك قال : فاستقتها إذن فلما ذهب ليستاقها قال
 ابن عمر : رضينا بقضاء رسول الله ﷺ لا عدوى
 ٣١٠ اشترى عمرو بن حريث الصحابي من أعرابي
 بيضا من بيض النعام أربعا أو خمسا فلما وضعهن
 بين يدي عمرو بن حريث كسر واحدة فأكلى هي
 فاسدة ثم ثانية ثم ثالثة حتى تتابع منهن فاسدات
 فطلب الأعرابي يخاصمه الى شريح فقال شريح :
 أما ما كسر فهو ضامن له بالثمن الذي أخذه به وأما
 ما بقى فانت يا أعرابي بالخيار ان شئت كسروا
 فما وجدوا فاسدا ردوه
 ٥١٦

اشتريت ؟ قلت : نعم قال : بين لك ما فيها ؟
اشترى حبان فرجع الى اهله فيقولون له :
ارده فانك قد غبت او غششت فيرجع الى بيته
فيقول : قد سلعتك ورد دراهمي فيقول : لا افعل
قد رضيت فذهبت به حتى يمر الرجل من اصحاب
النبي ﷺ فيقول : ان رسول الله ﷺ قد جعله
بالخيار فيها يبتاع ثلاثا فتد عليه دراهمه ويأخذ
سلعته

٥٧٠

اشترت ناقة من دار وائلة بن الاسقع ، فلما
خرجت بها ادركنا عقبة بن عامر فقال : هل بين لك
ما فيها ؟ قلت : وما فيها انها لسيئة

٢٩٨ ، ٣٠٢

حرف الصاد

١٤٩ الصلاح في الثمر بطلوع الثريا
صلى على بن ابي طالب رضى الله عنه انه صلى
في ليلة ست ركعات في كل ركعة ست سجعات
٢٢٢ صاعا من تمر وكان بها احتلب من لبنها
٢٤٩ صاعا من تمر او صاعا من شعير
٢٣٣ ، ٢٠٣ صاعا من تمر المدينة
٢٣٥ صاعا من طعام او صاعا من تمر
١٩٨ صاعا من تمر والرهن مركوب ومحلوب
١٩٧

حرف الطاء

٢١٠ اطعمه الله وسقاه
طلب الاعرابي يخاصمه الى شريح فقال شريح :
أما ما كسر فهو ضامن له بالثمن الذي اخذه به
واما ما بقى فانت يا اعرابي بالخيار ان شئت كسروا
فما وجدوا فاسدا ردوه
٥٧٠ طلق رجل من مزينة امراته ثلاثا قبل ان يدخل
بها فأتى ابن عباس يساله وعنده ابو هريرة فقال
ابن عباس : احدى العضلات يا ابا هريرة فقال
ابو هريرة : واحدة تثبتها وثلاث تحصرها فقال
ابن عباس : زينتها يا ابا هريرة او قال : نورتها ،
او كلمة تشبهها — يعنى اصاب
٢١٤ طلوع الثريا
١١٥

حرف الميم

٥٤٠. أعلاها ثنا وأنفسها عند أهلها
٣٢٠. عهد الرقيق ثلاث ليال
٥٦٩. عيب ترد به الجارية زواجها

حرف الفاء

٥٢. أفضل الرقاب أعلاها ثنا وأنفسها عند أهلها
فلما ثبت البيع اختلفا في الثمن واحتكما فيه الى
النبي ﷺ فمضى بالثمن الذي لقح النخل - البائع ٣٠
فلما خرجت بها ادركنى وانه وهو يجر رداءه
فقال : يا عبد الله اشتريت ؟ قلت : نعم قال :
بين لك ما فيها ؟
فهو بالخيار ثلاثة أيام

٣٠٢
٣٢٢ ، ٣٢١ ، ٣٢٠

حرف القاف

- قبل عبد الله بن عمر الغلام فباعه بعد ذلك
بألف وخمسمائة
٦٠٨
٢٤٧
٥٧٠. اقبلوا جاريتكم قد أبى أن يطلق
قد جعله ﷺ بالخيار فيما يبتاع ثلاثا فترد عليه
دراهمه ويأخذ سلعته
٢٤٧
٢٩٩
٤٠١ ، ٤٠٠ ، ٣٩٩
٥٦٩
٦٠٨
قضى عثمان على ابن عمر بأن يحلف ما كان به
داء علمته وقد رأى ابن عمر أن التبرى تبرئه مما علم
وما لم يعلم
قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان فجعلت
الى فأخبرته ما أخبرنى عروة فقال عمر : فما أيسر
على من قضاء قضيته ، الله يعلم انى لم أر فيه الا
الحق ، فبلغنى فيه بسنة عن رسول الله ﷺ فراج
اليه عروة فمضى له أن أخذ الخراج من الذى قضى
به على له

٣٩٩ ، ٤٠٠ ، ٤٠١

- قال : ما للناس ؟ قالوا : يلحقون فقال : أولا
ادرى اللقاح شيئا فقال : تركوا اللقاح فخرج ثمر
الناس شيعا فقال النبي ﷺ : ما شأنه قالوا :
كنت نهيت عن اللقاح فقال : ما أنا مزارع
ولا صاحب نخل لحقوا ٤٦
قال ﷺ لرجلين تخاصما عنده في مواريث درست
٦١٧ اسهما وأوجبا ليحلل أحدهما صاحبه
١٤٩ قيل : وما تشقح قال : تحمار وتصفار ويؤكل منها
١١٥ قلت لعبد الله : متى ذلك ؟ قال : طلوع الثريا
قال المبتاع : انه اصاب التمر الزمان اصابه
مراض اصابه قشام عاهات يحتجون بها فقال ﷺ
لما كثرت عنده الخصومة : اما لا فلا تبائعوا
حتى يبدو الصلاح ١١٧

حرف الكاف

- كسروا واحدة فاذا هي فاسدة ثم ثانية ثم ثالثة
حتى تتابع منها فاسدات ٥١٦
كل شرط ليس هو في كتاب الله فهو باطل ٦١٧
كل عمل ليس عليه امرنا فهو رد ٣٠٨
وكان الثمار لمن قد أبرأ ٣١
كان حبان بن منقذ اذا اشترى فرجع الى اهله
فيقولون له : اردده فانك قد غبنت أو غششت
فيرجع الى بيعه فيقول : خذ سلعتك ورد دراهمي
فيقول : لا افعل ، قد رضيت فذهبت به حتى يمر
الرجل من أصحاب النبي ﷺ فيقول : ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قد جعله بالخيار فيما يبتاع
ثلاثا فترد عليه دراهمه ويأخذ سلعته ٣٢٢ ، ٥٧٠
كان شعر النبي ﷺ شعرا رجلا ليس بالجمع
القطط ولا بالسيط ، كان جعدا رجلا ٢٨٥
كان الناس في عهد رسول الله ﷺ يتبايعون
الثمار ، فاذا جد الناس وحضر تقاضيههم قال
المبتاع : انه اصاب التمر الزمان اصابه مراض
اصابه قشام عاهات يحتجون بها فقال رسول الله ﷺ

- لما كثرت عنده الخصومة في ذلك : أما لا تبايعوا
حتى يبدو صلاح الثمرة كالمشورة يشير بها لكثرة
خصومتهم ١١٧
كان نخل أنس بن مالك رضى الله عنه تحمل في
السنة مرتين في السنة بدعوة النبي ﷺ له ١٨٢
كنت نهيت عن اللقاح فقال : ما أنا بزارع ولا
صاحب نخل ، لقحوا ٤٦

حرف اللام

- لملك غششت من غشنا فليس منا ٣٠٣
لقحوا ، ما أنا بزارع ولا صاحب نخل ٤٦
لما كثرت الخصومة في ذلك قال ﷺ : أما لا
تبايعوا حتى يبدو صلاح الثمرة كالمشورة يشير
بها لكثرة خصومتهم ١١٧
لما نزلت «**أما يريد الله ليذهب عنكم الرجس**
أهل البيت» فقال وائل بن الأسقع : وأنا من أهلك
فقال : وانت من أهلي . قال : فهذا أرجى ما أرتجى ٣٠١
لم يزل في مقت الله ولم تزل الملائكة تلغنه ٣٠٢
لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ٣٠٦

حرف الميم

- ما أدركت الصفقة حيا مجموعا فمن المبتاع ٣٢٢
ما أنا بزارع ولا صاحب نخل ، لقحوا ٤٦
ما للناس ؟ قالوا : يلقحون ، فقال : لا للقاح
أو لا أدري اللقاح شيئا ، فقال : تركوا اللقاح
فخرج ثمر الناس شبيها فقال النبي ﷺ : ما شأنه ؟
قالوا : كنت نهيت عن اللقاح فقال : ما أنا بزارع
ولا صاحب نخل ، لقحوا ٤٦
ما هذا يا صاحب الطعام ؟ قال : أصابته
السماء ... الخ ٣٠٢
مثل لبنها قمحا ٢٤٦
مر بجنيات رجل عنده طعام في وعاء فأدخل يده
فيه ، فقال : لملك غششت من غشنا فليس منا ٣٠٦

مر النبي ﷺ على صبرة طعام فأدخل يده فيها
فناالت أصابعه بلالا فقال : يا هذا يا صاحب
الطعام قال : أصابته السماء يا رسول الله قال :
أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس ، من
غش فليس مني

٣٠٢

المسلم أخو المسلم ، فلا يحل لمسلم باع من أخيه
بيعا يعلم فيه عيبا إلا بينه له

٢٩٨ ، ٢٩٩ ، ٣٠٠

٢١٢

امكئ في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله
من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام فإن ردها
رد معها مثل أو مثلى لبنها قمحا

١٩٤ ، ١٩٥

من باع نخلا قد أبرت فتمسرتها للبائع إلا أن
يشترط المبتاع

٢٢ ، ٢٣ ، ٢٨

٥٢

من ابتاع مصراة فهو بخير النظرين بعد أن يحطبها
أن شاء أمسكها وأن شاء ردها وصاعا من تمر
من باع عيبا ولم يبينه لم يزل في مقت الله ولم
تزل الملائكة تلعنه

٣٠٣

٢٠٥

من اشترى شاة مصراة
من اشترى شاة محفلة فردها فليردها ومعها

١٩٨

صاع

٣٠٢

من غش فليس مني

٣٠٣

من غشنا فليس منا

٦١٧

المؤمنون عند شروطهم

حرف النون

نهى النبي ﷺ أن تتلقى الأجلاب وأن يبيع حاضر
الباد ، ومن اشترى مصراة فهو بخير النظرين ، فإن
حطبها ورضيها أمسكها ، وإن ردها رد معها صاعا
من طعام أو صاعا من تسر

١٩٨

١١٥

نهى النبي ﷺ عن بيع الثمار حتى يبذرو صلاحها
نهى النبي ﷺ عن بيع الحب حتى يشتد وعن
بيع العنب حتى يسود وعن الثمرة حتى تزهي
نهى النبي ﷺ عن بيع الشجرة حتى تطعم

١٤٨ ، ١٤٩

١٤٨ ، ١٤٩

- نهى النبي ﷺ عن المسنبل حتى يبيض ويأمن العامة ١٣٣
- نهى النبي ﷺ عن بيع النخل حتى يزهو وعن المسنبل حتى يبيض ١٤٩
- نهى النبي ﷺ عن بيع الثمار حتى تنجو من العامة ١١٦
- نهى النبي ﷺ عن بيع ثمرة النخل حتى ترهى والمسنبل والزرع حتى يبيض ويأمن العامة ١١٥
- نهى النبي ﷺ عن بيع الثمرة حتى تطيب ١٤٩ ، ١٩٢
- نهى النبي ﷺ أن تباع الثمرة حتى يشقح ، قيل : وما يشقح يا رسول الله ؟ قال : تحمض وتصفار ويؤكل منها ١١٦
- نهى النبي ﷺ عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد ١١٦
- نهى عن بيع المحفلات خلاصة ولا تحل الخلاصة لمسلم ٢٢٩
- نهى النبي ﷺ عن بيع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل ، وحتى يوزن ، قالت : قلت : ما يوزن فقال : جل عنده : حتى يحرز ١١٦
- نهى رسول الله ﷺ عن النجش والتصرية ٢٠١
- نورتها يا أبا هريرة أو كلمة تشبهها — يعني أصاب ٢١٤

حرف الهاء

- هذا أرجى ما أرجى ٣٠١
- هذا ما اشترى محمد رسول الله ﷺ من العداء ابن خالد بيع المسلم المسلم لا داء ولا خبثة ولا غائلة ٣٠٢
- هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوزة من محمد رسول الله ﷺ اشترى منه عبدا أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم ٣٠٣
- هل بين لك ما فيها ؟ قلت : وما فيها أنها السمينة ظاهرة الصحة ، فقال : أردت بها سفرا أم أردت بها حجا قلت : أريد عليها الحج ، قال : أن يحقها

نقبا ، قال صاحبها : أصلحك الله ما تريد الى هذا
هو على ما قال : انى سمعت رسول الله ﷺ يقول :
لا يحل لأحد يبيع شيئا الا بين ما فيه ولا يحل لمن
يعلم ذلك الا بينه

٢٩٨ ، ٣٠٢

حرف «لا»

لا يبيع حاضر لباد ، ولا تلقوا السلع بأفواه
الطرق ، ولا تناجشوا ولا يسم الرجل على رسوم
أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يرد ،
ولا تسال المرأة طلاق أختها لفكتفى ما فى صحتها
فانما لها ما كتب ، ولا تبيعوا المصرة من الإبل
والغنم فمن اشتراها فهو بالخيار ان شاء ردها

١٩٧

وصاعا من تمر ، والرهن مركوب ومحلوب
لا تتبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها ولا تتبايعوا
التمر بالتمر

١١٦

لا تباع الثمرة حتى تشقح فقليل : وما تشقح ؟
قال : تحار وتصفار ويؤكل منها

١٤٩

لا جلب ولا جنب ولا اعراض ولا يبيع حاضر
لباد ، ولا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك
فهو اذا حلبها بخير النظرين ان رضىها أمسكها
وان سخطها ردها وصاعا من تمر

١٩٨

لا يحل لأحد يبيع شيئا الا بين ما فيه ولا يحل
لمن يعلم ذلك الا بينه

٢٩٨ ، ٣٠٢

٢٩٩

لا تحل الخلاية لمسلم
لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا يعلم فيه عيبا
الا بينه له

٢٩٨ ، ٢٩٩ ، ٣٠٠

٥٧٠

لا خلاية ولك الخيار ثلاثا قلها اذا ابتعت
لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو
اذا حلبها بخير النظرين ان رضىها أمسكها وان
سخطها ردها وصاعا من تمر

١٩٨

٥٧٢

لا ضرر ولا ضرار
لا تصروا الإبل والغنم للبيع فمن ابتاعها بعد
ذلك فهو بخير النظرين بعد ان يحلبها ثلاثا ، ان

رضيها أمسكها ، وإن سخطها ردها وصاعا من
 تمر لا سمراء
 لا توطأ حامل حتى تضع
 ١٩٤ ، ١٩٥
 ١٤٦

حرف الياء

يا رسول الله قد استغل غلامى فقال رسول الله
 صلى الله عليه وسلم : الخراج بالضمان
 يا عبد الله اشتريت ؟ قلت : نعم ، قال : بين لك
 ما فيها ؟
 يا أبا هريرة زينتها أو نورتها أو كلمة تشبهها
 يعنى أصاب
 ٣٩٨
 ٣٠٢
 ٢١٤



ثالثا : الأسماعير الاستشهادية

الصفحة

٣١

* وهو سر غالب لمن غلب *

الاعشى

* * *

جذدت جنى نخلتى ظالمسا وكان الثمار لمن قد أبرأ
أعرابى

* * *

تأبدى يا خيرة العسسل تأبدى من جيد فسل
إذا ضن أهل النخل بالفحول
شاعر

* * *

فقلت لقومى هذه صدقاتكم مصررة أخلافها لم تجدد
مالك بن نويرة

* * *

وقلت : خذوا أموالكم غير خائف ولا ناظر فيما يجيء من الغد
فان قام بالأمر المخوف قائم منعنا وقتلنا الدين دين محمد
مالك بن نويرة

* * *

يارب ماء صرى وردته سبيله قائفة حدث
عبيد

* * *

* يمشى الباز إذا الباز كثر *
العجاج

* * *

إذا محاسنى اللاتى أدل بها صارت ذنوبى فقل لى كيف اعتذر
البحترى

* * *

رابعاً : فهرس الأعلام

الصفحة

- إبان بن عثمان ٣٢٠
 ابراهيم بن أحمد = أبو اسحاق المروزي
 ابراهيم بن عبد الله بن عبد المنعم بن علي بن محمد = ابن أبي الدم
 ابراهيم بن علي بن يوسف = أبو اسحاق الشيرازي
 الأبيوردی أبو يعقوب ١٧٧
 ابن الأثير (علي بن محمد بن عبد الكريم الجزري) ١٩٨
 أبو بكر أحمد بن اسماعيل = أبو بكر الاسماعيلي ١٩٨ ، ٢٣٦
 أحمد بن بشر بن عامر = القاضي أبو حامد المروزي ١٠٧ ، ٧٣ ، ١٤٢ ، ١٥٩ ، ١٦٠ ، ١٦٩ ، ٢١٩ ، ٢٢٢ ، ٢٤٦ ، ٢٩٢ ، ٢٩٨ ، ٣١٨ ، ٣١٩ ، ٣٢٢ ، ٣٢٣ ، ٣٣٣ ، ٣٣٤ ، ٤١٤ ، ٤١٥ ، ٦٢٦ ، ٦٦٨
 أحمد بن حنبل الشيباني امام الأئمة ٣١ ، ١٠٥ ، ١١٩ ، ١٢٠ ، ١٤٥ ، ١٤٨ ، ١٦٦ ، ٢٠٧ ، ٣٠٠ ، ٣٢٠ ، ٣٢١ ، ٣٢٣ ، ٣٦٢ ، ٣٧٦ ، ٣٨٠ ، ٤٠٣ ، ٤١٨ ، ٤٣٨ ، ٤٤٧ ، ٤٥١ ، ٥٠٥ ، ٥١٨ ، ٥١٩ ، ٥٥٣ ، ٥٧١ ، ٥٧٢ ، ٥٧٧ ، ٥٩٤ ، ٦١٠ ، ٦١٨
 أحمد بن محمد أبو العباس الجرجاني صاحب العنايا = الجرجاني .
 الأزدي (عبد الله بن سليمان بن الأشعث بن أبي داود أبوه صاحب السنن السجستاني) ٣٩٩
 الأزهری (محمد بن أحمد صاحب الزاهر في غريب مختصر المتن) ٨٠ ، ٢٠١ ، ٣٠٢ ، ٤٠٠ ، ٤٠١
 أبو اسحاق المروزي (ابراهيم بن أحمد) ٨ ، ٣ ، ٤ ، ٥ ، ٨ ، ١٥ ، ١٦ ، ٣١ ، ٣٢ ، ٤١ ، ٤٣ ، ٥٠ ، ٥٣ ، ٥٨ ، ٧٣ ، ٧٤ ، ٨٢ ، ٩٢ ، ٩٤ ، ٩٥ ، ١٠٨ ، ١١٠ ، ١١١ ، ١١٣ ، ١١٤ ، ١٧٣ ، ١٨٠ ، ١٩٦ ، ٢٥٥ ، ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٢٥٨ ، ٢٥٩ ، ٢٦٠ ، ٢٦١ ، ٢٦٣ ، ٢٦٥ ، ٢٦٦ ، ٢٦٩ ، ٣١٤ ، ٣٢٣ ، ٣٢٤ ، ٣٢٦ ، ٣٢٨ ، ٣٢٩ ، ٣٥٣ ، ٣٦٣ ، ٣٧٨ ، ٣٨٧ ، ٣٨٨ ، ٣٨٩ ، ٣٩٠ ، ٣٩٢ ، ٤٠٢ ، ٤٨٢ ، ٤٨٣ ، ٤٨٤ ، ٤٩١ ، ٥٠٦ ، ٥٠٧ ، ٥١٦ ، ٥١٧ ، ٥٢٢ ، ٥٢٤ ، ٥٢٥ ، ٥٢٩ ، ٥٣٠ ، ٥٣٢ ، ٥٣٤ ، ٥٣٥ ، ٥٣٧ ، ٥٣٨ ، ٥٣٩ ، ٥٤٠ ، ٥٤٣ ، ٥٧٩ ، ٥٩٩ ، ٦٠٠ ، ٦٠١ ، ٦٠٢ ، ٦٠٥ ، ٦١١
 اسحاق بن راهويه (هو اسحاق بن ابراهيم بن راهويه الحنظلي) ١٥ ، ١٢٠ ، ٢٠٧ ، ٤٢٩ ، ٥٥٣ ، ٥٥٦ ، ٦١٠
 أبو اسحاق الشيباني ١٣٣

الصفحة

أبو اسحاق الشيرازي (هو إبراهيم بن علي بن يوسف صاحب المذهب والتنبه واللمع وغيرها) ٤٧ ، ٤٩ ، ٦٥ ، ٨٤ ، ١٢٦ ، ١٣٠ ، ١٣٥ ، ١٨٤ ، ٢٢٥ ، ٢٤٧ ، ٢٧٥ ، ٢٧٧ ، ٢٧٨ ، ٢٧٩ ، ٣٠٥ ، ٣٠٧ ، ٣٠٩ ، ٤٦٨ ، ٤٩٢ ، ٥٢٦ ، ٦٢٥

أبو اسحاق المراقى = المراقى

الاسفرايينى = الشيخ أبو حامد

الاسماعيلي = أبو بكر أحمد بن اسماعيل

اسماعيل بن أبي أويس بن أبي عامر (الأصمعي ختن الأمام مالك) ٦٢٣

اسماعيل بن جعفر ١١٨

اسماعيل بن مسلم ١٩٨

أشعث بن سوار ٦٠٩

الأشعري (أبو الحسن علي بن اسماعيل) ٣٠

أشهب (هو عبد العزيز بن داود صاحب مالك) ٢٠٨ ، ٢٠٧

الاصطخري (أبو سعيد الحسن بن أحمد بن يزيد) ٢٧٥ ، ٢٧٦ ، ٢٧٨ ، ٢٧٩ ، ٦٠٧

الأصمعي (عبد الملك بن قريب) ٢٠٢ ، ٣٠٢

الأعرج (عبد الرحمن بن هرمز التابعي رضي الله عنه) ١٩٤ ، ٢٠٦

أمام الحرمين = الجويني

أبن الأنباري (أبو بكر محمد بن القاسم بن محمد بن بشارة

الأنباري النحوي الأديب) ٣٠

أنس بن مالك رضي الله عنه خادم النبي ﷺ ١١٥ ، ١١٦ ، ١١٧ ، ١٦٨ ، ١١٩ ، ١٤٨ ، ١٤٩ ، ١٥٠ ، ١٨٢ ، ١٩٨ ، ٢٠٧

الأوزاعي (أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو) ٣٢ ، ٣٠٦

أيوب بن أبي تميمة السختياني ٢٠٥ ، ٢٠٦

أيوب بن سويد ٢٠٢

حرف الباء

الباجي أبو الوليد المالكي ٥٩٦ ، ٦٢٣

أبن باطيش (اسماعيل بن هبة الله بن سعيد) ١٠٤

البجلي = جرير بن عبد الله البجلي رضي الله عنه

البحترى (الوليد بن عبيد الشاعر) ٢١٦

البخاري (أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة

الجعفي صاحب الجامع الصحيح رضي الله عنه) ٢٣ ، ١١٥ ، ١١٦ ، ١١٧ ، ١٤٩ ، ١٤٨ ، ١٩٥ ، ١٩٦ ، ١٩٧ ، ١٩٨ ، ١٩٩ ، ٢١٤ ، ٢٣٦ ، ٢٧٥ ، ٢٩٩ ، ٣٠٠ ، ٣٠١ ، ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣١٠ ، ٣١١ ، ٣٩٩

٥٢٠ ، ٤٠٠

أبن البدرى ١٤٩

أبن البردى ٧٨

البرقاني (أبو بكر أحمد بن محمد بن أحمد) ١٩٩

البغوي = صاحب التهذيب (الحسين بن مسعود القراء) ١٢ ، ١٣ ، ٢٤ ، ٦٤ ، ٦٥ ، ٦٦ ، ٦٩ ، ٧٥ ، ٧٨ ، ٧٩ ، ٨٢ ، ٨٣ ، ٨٤ ، ٨٥

الصفحة

٨٥ ، ٨٧ ، ٨٨ ، ٩٠ ، ١١٣ ، ١٣٧ ، ١٤٧ ، ١٥٣ ، ١٨٨ ، ١٨٩ ،
 ٢١٦ ، ٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، ٢٢٥ ، ٢٣٩ ، ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٥ ،
 ٢٤٦ ، ٢٤٩ ، ٢٧٠ ، ٢٧٤ ، ٢٨٤ ، ٢٨٩ ، ٢٩٤ ، ٢٩٥ ،
 ٢٩٦ ، ٢٩٧ ، ٢٩٨ ، ٣٠١ ، ٣٢٤ ، ٣٢٥ ، ٣٢٦ ، ٣٣٥ ، ٣٣٨ ، ٣٣٩ ،
 ٣٥٠ ، ٣٥٨ ، ٣٦٢ ، ٣٦٤ ، ٣٨٩ ، ٣٩٠ ، ٣٩٥ ، ٣٩٦ ، ٣٩٧ ، ٣٩٨ ،
 ٤١٦ ، ٤١٩ ، ٤٢٠ ، ٤٢٢ ، ٤٢٧ ، ٤٤١ ، ٤٤٣ ، ٤٤٤ ، ٤٤٨ ، ٤٥٣ ،
 ٤٥٤ ، ٤٥٥ ، ٤٦٢ ، ٤٦٣ ، ٤٦٤ ، ٤٨٤ ، ٤٨٨ ، ٤٩١ ، ٤٩٦ ، ٥٠٥ ،
 ٥٠٦ ، ٥٠٨ ، ٥٠٩ ، ٥١٠ ، ٥١٣ ، ٥٢٠ ، ٥٢٥ ، ٥٣٠ ، ٥٣١ ، ٥٣٢ ،
 ٥٣٤ ، ٥٣٩ ، ٥٤٢ ، ٥٤٣ ، ٥٤٤ ، ٥٤٥ ، ٥٤٩ ، ٥٥٠ ، ٥٥٢ ، ٥٥٨ ،
 ٥٦٣ ، ٥٦٧ ، ٥٦٨ ، ٥٧٠ ، ٥٧٣ ، ٥٧٥ ، ٥٨٥ ، ٥٨٨ ، ٥٩١ ، ٥٩٨ ،
 ٦٠٢ ، ٦١٦ ، ٦٢٥ ، ٦٢٨

ابو بكر بن داود = ابن داود

البندنجي (محمد بن حمد بن خلف ابو بكر صاحب الفخيرة) ٧ ،
 ٧٢ ، ٧٧ ، ١٣٠ ، ١٣٢ ، ١٥٩ ، ١٨٦ ، ٢٢٠ ، ٢٢٤ ، ٢٥٤ ، ٢٥٦ ،
 ٢٥٧ ، ٢٦٣ ، ٢٦٤ ، ٢٧٣ ، ٣٣٣ ، ٤٥٧ ، ٤٩١ ، ٥٨٣ ، ٦٢٠ ، ٦٢١ ،
 البويطي (ابو يعقوب يوسف بن يحيى) ١٦ ، ٣١ ، ٣٨ ،
 ٤٢ ، ٧٦ ، ٧٧ ، ١٦٠ ، ٣١٦ ، ٣٦٧ ، ٣٧٢ ، ٣٧٣ ، ٣٧٥ ، ٣٧٦ ،
 ٣٧٧ ، ٣٨٢ ، ٣٨٣ ، ٤٥٢ ، ٥٢٥ ، ٥٢٨ ، ٥٤٢ ، ٥٤٧ ، ٥٨٨ ، ٥٩٢ ،
 ٦٢٣ ، ٦٠٣

البيهقي = (ابو بكر احمد بن الحسين بن علي) ١٤٩ ، ١٩٥ ، ١٩٧ ،
 ١٩٨ ، ٢١٨ ، ٢٩٩ ، ٣٠٢ ، ٣١٠ ، ٣٢٠ ، ٥٦٩ ، ٦٠٩ ، ٦١٧ ، ٦١٨ ،
 ابن البيع = الحاكم ابو عبد الله صاحب المستدرک

تاج الدين عبد الرحمن ٧٦

الترمذي (محمد بن عيسى بن سورة) ١١٦ ، ١٤٩ ، ١٩٤ ، ١٩٥ ، ٢٠٥ ،
 ٣٠٣ ، ٣٩٩ ، ٤٠٠

ابن التلمساني ١٣٠

تميم الداري ٣٠٣

ابن التودي ١٠٤

التميمي = سليمان ١٩٨

حرفه الثاء

ثابت مولى عبد الرحمن بن زيد ١٩٥ ، ١٩٦ ، ٢٠٦

الثعلبي امام العربية ٢٠١

الثقفى امام فى العربية ٥٥٥

ابن ثوبان = محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان

ابو ثنور (ابراهيم بن خالد بن ابي اليمان صاحب الشافعى

من رواة القديم) ٢٠٧ ، ٢٥٥ ، ٣١٥ ، ٣٣١ ، ٣٧٦ ، ٣٨٠ ، ٤٠٢ ،
 ٤٢٩ ، ٤٣٨ ، ٤٣٩ ، ٤٥١ ، ٤٥٢ ، ٥١٨ ، ٥١٩ ، ٥٥٢ ، ٥٥٣ ، ٥٧١ ،
 ٥٧٢ ، ٦٠٩

الثورى (سليمان بن سعيد ابو عبد الله) ١١٨ ، ١١٩ ،

١٢٣ ، ٤٠٢ ، ٤٢٩ ، ٥٢٤ ، ٥٥٦ ، ٦١٠

حرف الجيم

الصفحة

- جابر بن سمرة رضى الله عنه ١٤٨ ، ١٤٩
 جابر بن عبد الله رضى الله عنهما ١١٦ ، ١١٧
 ابن الجارود ١٩٥
 ابن جبير = سميد
 الجرجاني (أحمد بن محمد أبو العباس الجرجاني) ٣٦ ، ٤٣ ، ٤٧ ، ٦٤ ، ٦٥ ، ٨٥ ، ٩٧ ، ٩٨ ، ١٣٠ ، ١٣٥ ، ١٧١ ، ٢٣٣ ، ٢٥٨ ، ٢٧٤ ، ٢٨٩ ، ٣٤٨ ، ٣٥٤ ، ٣٩٤ ، ٤٢٢ ، ٤٢٦ ، ٥٠٦ ، ٥٢٥ ، ٥٥٩ ، ٥٦٤ ، ٦٢٧
 ابن جريج (عبد العزيز بن عبد الملك) ٣٠ ، ٣٢٢ ، ٤٣٧
 جرير (ابن عبد الله البجلي) رضى الله عنه ١٩٩ ، ٣٠٣
 جعفر بن محمد بن علي بن الحسين (جعفر الصادق) ٤٣٢
 جميع بن عمير ١٩٧
 الجوبارى (أبو سلمة يحيى بن خلف) ٣٩٩
 الجورى (أبو الحسن علي بن الحسين) ١٧١ ، ٢١٩ ، ٢٢١ ، ٢٣٠ ، ٢٣١ ، ٢٣٢ ، ٢٣٥ ، ٢٥٢ ، ٢٥٣ ، ٢٥٤ ، ٢٦٣ ، ٢٦٤ ، ٢٧٣ ، ٣٦٤ ، ٤١٨ ، ٥٥٩ ، ٦١٤ ، ٦٢٠
 الجوهرى (الحسن بن علي بن محمد) ٦٦ ، ١٢٣ ، ٣٠٤
 الجوينى (الشيخ أبو محمد عبد الله بن يوسف والد امام الحرمين) ١٨ ، ٤٣ ، ٨١ ، ٩٨ ، ١٢٢ ، ١٢٣ ، ١٦٩ ، ١٨٧ ، ٢٣١ ، ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، ٢٣٩ ، ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٣ ، ٢٤٤ ، ٢٤٥ ، ٢٥٠ ، ٢٥٨ ، ٢٦٥ ، ٢٩١ ، ٤٥٢ ، ٤٥٣ ، ٥٣٦ ، ٥٨٣
 الجوينى (امام الحرمين أبو المعالى عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجوينى) ٦ ، ٨ ، ٩ ، ١٢ ، ٢٠ ، ٢٢ ، ٢٦ ، ٣٥ ، ٤١ ، ٤٣ ، ٤٨ ، ٤٩ ، ٥١ ، ٥٩ ، ٧٢ ، ٩٤ ، ٩٧ ، ٩٩ ، ١٠٣ ، ١٠٧ ، ١١٠ ، ١١٣ ، ١٢٢ ، ١٢٤ ، ١٢٥ ، ١٣٤ ، ١٤٣ ، ١٤٥ ، ١٥٧ ، ١٦٢ ، ١٦٣ ، ١٦٩ ، ١٧٠ ، ١٧٢ ، ١٧٣ ، ١٧٤ ، ١٧٥ ، ١٧٨ ، ١٨٠ ، ١٨١ ، ١٨٣ ، ١٨٤ ، ١٨٦ ، ١٨٩ ، ١٩١ ، ١٩٢ ، ٢١٦ ، ٢٣٦ ، ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، ٢٤٠ ، ٢٤٢ ، ٢٤٤ ، ٢٥٠ ، ٢٥٢ ، ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٢٥٩ ، ٢٦٠ ، ٢٧٤ ، ٢٧٦ ، ٢٧٧ ، ٢٨٢ ، ٢٨٣ ، ٢٨٦ ، ٢٨٧ ، ٢٨٨ ، ٢٨٩ ، ٢٩٠ ، ٢٩٢ ، ٢٩٣ ، ٢٩٥ ، ٢٩٧ ، ٣١٨ ، ٣١٩ ، ٣٢٥ ، ٣٣٧ ، ٣٣٨ ، ٣٤٠ ، ٣٤١ ، ٣٤٧ ، ٣٤٩ ، ٣٥١ ، ٣٦٠ ، ٣٦٢ ، ٣٦٥ ، ٣٧٢ ، ٣٧٤ ، ٣٨٠ ، ٣٨١ ، ٣٨٣ ، ٣٨٧ ، ٣٩٤ ، ٣٩٥ ، ٣٩٧ ، ٤٠٥ ، ٤٠٨ ، ٤٠٩ ، ٤١٣ ، ٤١٤ ، ٤١٧ ، ٤٢٥ ، ٤٢٥ ، ٤٥٠ ، ٤٥٧ ، ٤٥٨ ، ٤٦١ ، ٤٦٢ ، ٤٦٣ ، ٤٦٤ ، ٤٦٦ ، ٤٦٧ ، ٤٦٨ ، ٤٧٠ ، ٤٧٣ ، ٤٧٦ ، ٤٧٧ ، ٤٨٣ ، ٤٩٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٣ ، ٤٩٥ ، ٤٩٨ ، ٥٠٧ ، ٥١١ ، ٥١٣ ، ٥١٨ ، ٥٣٥ ، ٥٣٦ ، ٥٣٧ ، ٥٤٠ ، ٥٤١ ، ٥٤٤ ، ٥٤٨ ، ٥٥٤ ، ٥٥٨ ، ٥٧٣ ، ٥٧٤ ، ٥٧٥ ، ٥٧٧ ، ٥٧٨ ، ٥٨١ ، ٥٨٣ ، ٥٨٥ ، ٥٨٦ ، ٥٨٧ ، ٦٠٤ ، ٦٠٦ ، ٦١١ ، ٦١٢ ، ٦١٦ ، ٦١٩ ، ٦٢٤ ، ٦٢٥ ، ٦٢٦ ، ٦٢٧

الصفحة

ابن حزم (أبو محمد علي بن حزم الظاهري صاحب المحلى) ٢٨ ،
٣٩ ، ٥٢ ، ١١٨ ، ١٢٩ ، ١٣٣ ، ٢٠٥ ، ٢٤٩ ، ٢٥٠ ، ٣١١ ، ٣٣١

ابن حزم عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم ٢٢

أبو الحسن الأشعري (علي بن اسماعيل) ٣٠

الحسن البصري الإمام التابعي ١٩٨ ، ٢٢٠ ، ٣٢١ ، ٤٠١ ، ٤٣٠ ،

٥١٩ ، ٦٠٩

الحسن بن حي ٦١٠

الحسين بن القاسم صاحب الافصح ٢٧٢ ، ٥٨١

القاضي حسين = حسين بن محمد برورودي ٦ ، ١٤ ، ١٢ ، ٢٥ ،

٣٦ ، ٤٠ ، ٤١ ، ٤٨ ، ٤٩ ، ٥٥ ، ١١٠ ، ١٢ ، ٧٢ ، ٧٥ ، ٨١ ،

٩٦ ، ١٠٢ ، ١٣٠ ، ١٣١ ، ١٣٤ ، ١١٠ ، ١١٢ ، ١٢٧ ، ١٢٠ ، ١٢١ ،

١٤٢ ، ١٤٦ ، ١٤٧ ، ١٥٣ ، ١٥٤ ، ١١١ ، ١١٨ ، ١٦٦ ، ١٧٠ ، ١٧٢ ،

١٧٤ ، ١٧٧ ، ١٨٥ ، ١٨٦ ، ١٨٧ ، ٢٠٤ ، ٢١٦ ، ٢١٧ ، ٢٢٥ ، ٢٢٦ ،

٢٢٧ ، ٢٤٣ ، ٢٦٣ ، ٢٧٦ ، ٢٨٤ ، ٢٩٣ ، ٢٩٨ ، ٣١٦ ، ٣٢٢ ، ٣٢٥ ،

٣٢٨ ، ٣٢٧ ، ٣٣٦ ، ٣٣٩ ، ٣٤٠ ، ٣٤١ ، ٣٤٢ ، ٣٤٣ ، ٣٤٤ ، ٣٤٥ ،

٣٨٩ ، ٣٩١ ، ٣٩٢ ، ٣٩٤ ، ٣٩٥ ، ٣٩٧ ، ٤٠٢ ، ٤٠٨ ، ٤١٢ ، ٤١٤ ،

٤١٥ ، ٤١٦ ، ٤١٧ ، ٤١٩ ، ٤٢٢ ، ٤٢٧ ، ٤٢٨ ، ٤٣٥ ، ٤٣٦ ، ٤٤٠ ،

٤٤٣ ، ٤٤٤ ، ٤٤٥ ، ٤٤٦ ، ٤٥٤ ، ٤٥٥ ، ٤٥١ ، ٤٦٦ ، ٤٦٧ ، ٤٧٤ ،

٤٩٢ ، ٤٩٦ ، ٤٩٨ ، ٥٠٠ ، ٥٠١ ، ٥٠٢ ، ٥٠٩ ، ٥١٠ ، ٥١٦ ، ٥١٨ ،

٥٢٠ ، ٥٢٤ ، ٥٢٥ ، ٥٣٢ ، ٥٣٤ ، ٥٣٥ ، ٥٤٢ ، ٥٤٣ ، ٥٤٥ ، ٥٤٧ ،

٥٥٠ ، ٥٥٤ ، ٥٥٥ ، ٥٥٦ ، ٥٥٧ ، ٥٥٨ ، ٥٥٩ ، ٥٦٠ ، ٥٦١ ، ٥٦٧ ،

٥٧٢ ، ٥٧٣ ، ٥٧٥ ، ٥٧٦ ، ٥٧٨ ، ٥٨٣ ، ٥٨٤ ، ٥٩٢ ، ٥٩٦ ، ٥٩٨ ،

٦٠٢ ، ٦٠٤ ، ٦٠٥ ، ٦١٠ ، ٦١٢ ، ٦١٦ ، ٦٢٢ ، ٦٢٤ ، ٦٢٥ ، ٦٢٦ ،

٦٢٧ ، ٦٢٨

الحسين أبو عبد الله السبط بن علي بن أبي طالب ٦٠٦

أبو الحسين أبو الفضل بن القطان ٥٣١ ، ٥٧٩

الحضرمي محمد بن عبيد الرحمن الحضرمي ٢٧٤

حنف بن غيات ٤٣٢

ابن الحكم ٤٩٩

حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد النضر بن عبد الله بن عبد الله

ابن أخي خديجة أم المؤمنين رضي الله عنها ٣٠٣

الطليبي الحسين بن الحسن بن محمد بن حليم الشيخ الإمام أبو عبد الله

٦٠٢

حماد بن سلمة (ابن دينار) ١٤٩

حماد بن أبي سليمان ٤٣٨

أبو الحمراء رضي الله عنه مولى النبي صلى الله عليه وسلم وخادمه ويقال

اسمه هلال بن الحارث ٣٠٣

الحموي صاحب الروضة (هوتاج الدين الحموي صاحب روضة

المرتاض) ٣٢٤ ، ٥٠٦ ، ٥٦٦

الحناطي (أبو عبد الله الحسين بن محمد بن عبد الله الطبري)

٣١٠ ، ٥٧٤ ، ٥٨٥

الصفحة

داود بن علي الظاهري ٣١ ، ٣٩٦ ، ١٢٠ ، ١٤٥ ، ٢٠٥ ، ٢٠٧ ، ٦٢٠ ، ٦١٠
 أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني ١١٦ ، ١٩٤ ، ١٩٥ ، ١٩٧ ، ٣٢٠ ، ٣٨٠ ، ٣٩٨ ، ٣٩٩
 ابن داود = أبو بكر بن داود بن علي الظاهري ٦١ ، ١٠١ ، ١٥٠ ، ٢٤٥ ، ٥٢٦ ، ٥٩٦ ، ٥٩٨ ، ٦٠٠ ، ٦٢٤
 ابن أبي داود = الأزدي
 الدراوردي حميد ١١٨
 ابن دقيق العيد تقي الدين محمد بن علي ٢١٧ ، ٢١٨ ، ٢١٩

حرف الذا

أبو ذر الغفاري (جندب بن جنادة رضي الله عنه) ٥٢٠
 ذكوان السمان أبو صالح ١٩٥ ، ١٩٦
 ابن أبي ذؤيب (أسامة بن عبد الرحمن) ٣٩٩ ، ٤٠٠

حرف الراء

الرازي = أبو حاتم
 الرازي = أبو زرعة عبد الله بن عبد الكريم
 الرافعي (عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم) ٤ ، ٥ ، ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١١ ، ١٢ ، ١٤ ، ١٨ ، ١٩ ، ٢٠ ، ٢١ ، ٢٢ ، ٢٦ ، ٣٤ ، ٥٥ ، ٦٤ ، ٦٦ ، ٦٩ ، ٧٥ ، ٧٧ ، ٧٩ ، ٨٠ ، ٨١ ، ٨٢ ، ٨٣ ، ٨٥ ، ٩٠ ، ٩١ ، ٩٤ ، ٩٥ ، ٩٨ ، ١٠٢ ، ١٠٣ ، ١٠٧ ، ١٠٨ ، ١١٣ ، ١١٨ ، ١٢٠ ، ١٢٧ ، ١٢٨ ، ١٢٩ ، ١٣٠ ، ١٣١ ، ١٣٣ ، ١٣٥ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ، ١٣٩ ، ١٤٠ ، ١٤١ ، ١٤٣ ، ١٥٣ ، ١٥٩ ، ١٦٢ ، ١٦٣ ، ١٦٤ ، ١٦٥ ، ١٦٨ ، ١٧١ ، ١٧٢ ، ١٧٥ ، ١٩٢ ، ١٩٦ ، ٢٠٧ ، ٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٢ ، ٢٣١ ، ٢٣٥ ، ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، ٢٣٩ ، ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٤ ، ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، ٢٤٧ ، ٢٤٩ ، ٢٥١ ، ٢٥٢ ، ٢٥٣ ، ٢٥٦ ، ٢٥٨ ، ٢٥٩ ، ٢٦١ ، ٢٦٢ ، ٢٦٦ ، ٢٧٠ ، ٢٧٣ ، ٢٧٤ ، ٢٧٧ ، ٢٧٩ ، ٢٨٣ ، ٢٨٦ ، ٢٨٩ ، ٢٩٠ ، ٢٩١ ، ٢٩٤ ، ٢٩٥ ، ٢٩٧ ، ٣٠٦ ، ٣١٠ ، ٣١٧ ، ٣١٩ ، ٣٢٣ ، ٣٢٤ ، ٣٢٥ ، ٣٢٦ ، ٣٢٧ ، ٣٢٨ ، ٣٢٩ ، ٣٣٤ ، ٣٣٥ ، ٣٣٦ ، ٣٣٨ ، ٣٣٩ ، ٣٤٠ ، ٣٤١ ، ٣٤٣ ، ٣٤٤ ، ٣٤٥ ، ٣٤٦ ، ٣٤٧ ، ٣٤٨ ، ٣٤٩ ، ٣٥٠ ، ٣٥٢ ، ٣٥٧ ، ٣٥٨ ، ٣٥٩ ، ٣٦٠ ، ٣٦٢ ، ٣٦٤ ، ٣٦٧ ، ٣٦٨ ، ٣٦٩ ، ٣٧٠ ، ٣٧٢ ، ٣٧٣ ، ٣٧٤ ، ٣٧٥ ، ٣٧٧ ، ٣٧٨ ، ٣٧٩ ، ٣٨١ ، ٣٨٢ ، ٣٨٣ ، ٣٩٠ ، ٣٩١ ، ٣٩٢ ، ٣٩٤ ، ٣٩٥ ، ٣٩٦ ، ٣٩٧ ، ٤٠٢ ، ٤٠٤ ، ٤١٢ ، ٤١٥ ، ٤١٦ ، ٤١٧ ، ٤١٨ ، ٤١٩ ، ٤٢٢ ، ٤٢٥ ، ٤٢٦ ، ٤٢٧ ، ٤٢٨ ، ٤٢٩ ، ٤٣٨ ، ٤٤١ ، ٤٤٢ ، ٤٤٣ ، ٤٤٤ ، ٤٤٥ ، ٤٤٦ ، ٤٤٩ ، ٤٥١ ، ٤٥٣ ، ٤٥٤ ، ٤٥٥ ، ٤٥٧ ، ٤٥٨ ، ٤٥٩ ، ٤٦٠ ، ٤٦١ ، ٤٦٣ ، ٤٦٤ ، ٤٦٥ ، ٤٦٨ ، ٤٧٣ ، ٤٧٥ ، ٤٧٦ ، ٤٧٧ ، ٤٨٨ ، ٤٩٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٤

الزعفراني (أبو الحسين محمد) ٣٧٦

زفر صاحب أبي خنيفة ٢٠٧

أبو زكريا محيي الدين بن شرف = النووي

الزمخشري (محمود بن عمر) ١٩٧

الزنجي = مسلم بن خالد

الزهرى (أبو بكر محمد بن مسلم بن شهاب) ٢٣ ، ٤٢٩ ، ٤٢٨

٥١٩ ، ٥١٨

زيد بن ثابت رضى الله عنه ١١٧ ، ١٢١ ، ٤٢٩ ، ٤٣٢ ، ٤٣٣ ، ٦٠٩

٦١٠ ، ٦١٨ ، ٦٢٣

أبو زيد (محمد بن أحمد بن عبد الله الفاشاني) ١٢٨ ، ٣٨٧ ، ٣٨٩

٤٣٥ ، ٣٩١

حرف السين

مسالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب ٢٣ ، ٦٠٨

أبو السباع ٣٠٠ ، ٣٠١

السبكي (علي بن عبد الكافي السبكي تقي الدين) ٣٢٥

السجستاني = أبو حاتم

ابن سراقه (صاحب كتاب بيان ما لا يشيع جهله) ٢١٩

ابن سريج أبو العباس ١٦ ، ١٠ ، ٤٤ ، ٢٣٣ ، ٢٣٤ ، ٢٣٥

٢٤١ ، ٢٤٣ ، ٢٤٦ ، ٢٥٠ ، ٢٥٨ ، ٢٧٣ ، ٢٨٦ ، ٣٢٣ ، ٣٤٦ ، ٣٤٨

٣٤٩ ، ٣٥٠ ، ٣٥١ ، ٣٦٢ ، ٣٦٣ ، ٣٦٤ ، ٣٩٧ ، ٤٠٤ ، ٤٦٥ ، ٤٦٦

٤٦٨ ، ٤٩٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٢ ، ٤٩٣ ، ٤٩٦ ، ٤٩٧ ، ٥١١ ، ٥١٢

٥١٣ ، ٥٢٦ ، ٥٢٧ ، ٥٢٨ ، ٥٢٩ ، ٥٣٠ ، ٥٣١ ، ٥٣٢ ، ٥٣٩ ، ٥٤١

٥٤٢ ، ٥٤٣ ، ٥٤٥ ، ٥٨٥ ، ٥٩٢ ، ٥٩٩ ، ٦٠١ ، ٦٠٢ ، ٦٠٥ ، ٦٠٦

٦١١ ، ٦٢١ ، ٦٢٤

أبو السعادات ابن الأثير ١٩٠

أبو سعيد الاصطخري ٢٧٥ ، ٢٧٦ ، ٢٧٨ ، ٢٧٩ ، ٦٠٧ ، ٦١١

أبو سعيد (محمد بن يحيى بن منصور تلميذ الضزالي صاحب شرح أدب

القاضي) ٥٦٠

سعيد بن جبير ٣٢٠ ، ٤٠١

سعيد بن خالد ٣٠١

سعيد بن سالم ٣٠ ، ٣٦٩

سعيد بن أبي عروبة ٣٠٢ ، ٣٠٦

سفيان الثوري ١١٨ ، ١١٩ ، ١٣٣ ، ٤٠٢ ، ٤٢٩ ، ٥٢٤ ، ٥٥٦

٦١٠

سفيان بن عيينة ٢٣ ، ٢٠٥ ، ٥٠٦

أبو سلمة يحيى بن خلف الجوباري ١٧١ ، ٣٩٩

ابن سلمة ٢٣٥ ، ٢٧٣

سليمان بن أرقم ٢٤٩

سليمان التميمي ١٩٨

سليمان بن موسى ٣٠٣

الصفحة

سليم بن أيوب الرازي (صاحب التقریب) ٨ ، ٩ ، ٥١ ، ٧٠ ،
 ٧٢ ، ٩٧ ، ١٠٧ ، ١٧١ ، ١٧٣ ، ١٧٨ ، ٢٣٧ ، ٢٥٠ ، ٢٥٧ ، ٢٥٩ ،
 ٣٦٥ ، ٣٦٦ ، ٣٨٣ ، ٣٨٤ ، ٤٥٧ ، ٤٦٢ ، ٤٧٢ ، ٤٩٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٢ ،
 ٤٩٣ ، ٤٩٤ ، ٤٩٥ ، ٥٢٦ ، ٥٢٧ ، ٥٢٨ ، ٥٤٨ ، ٥٨٥ ، ٥٨٧ ، ٥٩٨ ،
 ٣٢٠ ، ٣٢١ سمره بن جندب
 ٢٨١ ، ٢٨٢ ، ٢٨٣ ابن السمعاني أبو الظفر
 ١٢٧ ، ٢٥٠ ، ٢٥١ ، ٢٥٢ ، ٢٥٣ ، ٢٥٤ ، ٣٢٤ ،
 ٣٢٦ ، ٣٦٥ ، ٣٦٧ ، ٥٣٢ ، ٥٣٣ ، ٦٠٧ ، ٦٢٦
 سيويه ٥٨٢
 ابن سيرين محمد ٣٥ ، ١٩٤ ، ١٩٥ ، ١٩٦ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، ٣٤٧ ،
 ٤٠١ ، ٤٢٩ ، ٤٣٨ ، ٦٠٩

حرف الشين

الشاشي (أبو بكر محمد بن علي بن حامد) ٦٤ ، ١٣١ ، ١٧١ ،
 ١٨١ ، ٢١٦ ، ٤٧٧ ، ٤٨٢ ، ٤٨٣ ، ٤٨٤ ، ٤٨٥ ، ٤٩٤ ، ٥٢٥ ، ٥٥٩ ،
 ٥٨٢
 الشافعي (محمد بن ادريس امام الأئمة) ٦ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ ،
 ١٥ ، ١٨ ، ٢٢ ، ٢٨ ، ٢٩ ، ٣٠ ، ٣١ ، ٣٢ ، ٣٣ ، ٣٤ ،
 ٣٨ ، ٣٩ ، ٤٠ ، ٤٢ ، ٤٧ ، ٤٩ ، ٥٠ ، ٥١ ، ٥٢ ، ٥٣ ،
 ٥٥ ، ٥٧ ، ٥٩ ، ٦٣ ، ٦٤ ، ٦٨ ، ٧٠ ، ٧١ ، ٧٢ ، ٧٤ ،
 ٧٥ ، ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ ، ٨٤ ، ٨٨ ، ٩٩ ، ١٠٠ ، ١٠١ ، ١٠٣ ،
 ١٠٤ ، ١٠٦ ، ١٠٧ ، ١٠٨ ، ١١٢ ، ١١٣ ، ١١٤ ، ١١٥ ، ١١٦ ،
 ١١٨ ، ١١٩ ، ١٢٥ ، ١٢٦ ، ١٢٨ ، ١٢٩ ، ١٣٠ ، ١٣٤ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ،
 ١٣٩ ، ١٤٢ ، ١٤٣ ، ١٤٤ ، ١٤٥ ، ١٥٠ ، ١٥١ ، ١٥٢ ، ١٥٣ ، ١٥٥ ،
 ١٥٦ ، ١٥٨ ، ١٥٩ ، ١٦١ ، ١٦٢ ، ١٦٩ ، ١٧١ ، ١٧٢ ، ١٧٧ ، ١٨٠ ،
 ١٨١ ، ١٨٢ ، ١٨٩ ، ١٩٠ ، ١٩٤ ، ١٩٨ ، ١٩٩ ، ٢٠٠ ، ٢٠١ ، ٢٠٢ ،
 ٢٠٤ ، ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، ٢١٦ ، ٢١٧ ، ٢١٩ ، ٢٢١ ، ٢٢٢ ، ٢٢٤ ، ٢٣٠ ،
 ٢٣٥ ، ٢٣٧ ، ٢٤٢ ، ٢٤٣ ، ٢٤٤ ، ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، ٢٤٧ ، ٢٤٩ ، ٢٥٠ ،
 ٢٥١ ، ٢٥٢ ، ٢٥٣ ، ٢٥٤ ، ٢٥٨ ، ٢٥٩ ، ٢٧١ ، ٢٧٤ ، ٢٨٣ ، ٢٨٤ ،
 ٢٨٨ ، ٢٩١ ، ٢٩٢ ، ٢٩٣ ، ٢٩٧ ، ٣٠٤ ، ٣٠٥ ، ٣٠٨ ، ٣١٤ ، ٣١٥ ،
 ٣١٦ ، ٣١٨ ، ٣١٩ ، ٣٢٢ ، ٣٢٣ ، ٣٢٨ ، ٣٢٩ ، ٣٣٢ ، ٣٣٣ ، ٣٥٠ ،
 ٣٥١ ، ٣٥٦ ، ٣٦٦ ، ٣٦٨ ، ٣٧٠ ، ٣٧٢ ، ٣٧٤ ، ٣٧٦ ، ٣٨٠ ، ٣٨١ ،
 ٣٩٧ ، ٣٩٨ ، ٣٩٩ ، ٤٠١ ، ٤٠٢ ، ٤١٣ ، ٤١٧ ، ٤٢١ ، ٤٢٣ ، ٤٢٤ ،
 ٤٢٦ ، ٤٣١ ، ٤٣٢ ، ٤٣٣ ، ٤٣٥ ، ٤٣٧ ، ٤٣٨ ، ٤٣٩ ، ٤٤١ ، ٤٦٩ ،
 ٤٧٤ ، ٤٧٧ ، ٤٨٤ ، ٤٩٦ ، ٤٩٧ ، ٤٩٩ ، ٥٠٠ ، ٥٠١ ، ٥٠٢ ، ٥٠٣ ،
 ٥٠٥ ، ٥٠٧ ، ٥١٤ ، ٥١٧ ، ٥٢٥ ، ٥٢٦ ، ٥٢٧ ، ٥٢٨ ، ٥٣٦ ، ٥٤٢ ،
 ٥٤٦ ، ٥٤٧ ، ٥٥٠ ، ٥٥٩ ، ٥٦٢ ، ٥٧٧ ، ٥٧٨ ، ٥٨٨ ، ٥٩٠ ،
 ٥٩٢ ، ٥٩٤ ، ٥٩٥ ، ٥٩٦ ، ٥٩٧ ، ٦٠٠ ، ٦٠١ ، ٦٠٢ ، ٦٠٣ ، ٦٠٤ ،
 ٦٠٨ ، ٦١١ ، ٦١٢ ، ٦١٣ ، ٦١٤ ، ٦١٦ ، ٦١٨ ، ٦١٩ ، ٦٢٠ ، ٦٢١ ،
 ٦٢٢ ، ٦٢٣ ، ٦٢٤ ، ٦٢٥

الصفحة

ابن شبرمة (عبد الله بن شبرمة بن حسان بن المنذر بن ضرار
ابن عمرو بن مالك بن زيد بن كعب بن بجالة الضبي أبو شبرمة الكوفي
القاضي الفقيه التابعي) ٤٣٠ ، ٤٣٨
شريح (القاضي هو ابن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية
ابن عامر الكندي أبو أمية الكوفي) ٤٣٠ ، ٥١٦ ، ٥١٩ ، ٦١٠
شريك بن عبد الله النخعي القاضي الكوفي ٦٠٩
الشعبي (عامر بن شراحيل التابعي) ٩٥ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، ٤٣٠ ، ٤٣٨ ،
٤٣٩ ، ٥٢٨
ابن شهاب (محمد بن مسلم بن شهاب الزهري) ٣٢١ ، ٣٢٢
الشيثاني = أبو اسحاق ١٣٣
ابن أبي شيبة (صاحب المصنف) ٣٢٠ ، ٣٢١ ، ٤٣٢
الشيرازي = أبو اسحاق

حرف الصاد

الصادق (جعفر بن محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب
المعروف بجعفر الصادق) ٤٣٢
أبو صالح ذكوان السمان ١٩٥ ، ١٩٦
ابن الصباغ (الشيخ نصر صاحب الشامل) ٤٣ ، ٥٧ ، ٦٤ ،
٧٦ ، ١٣٢ ، ٢٣٩ ، ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٢٦٩ ، ٢٩١ ، ٣٢٢ ، ٣٢٤ ، ٣٤٦ ،
٣٤٨ ، ٣٤٩ ، ٣٥١ ، ٣٦٤ ، ٣٧٤ ، ٣٧٥ ، ٣٧٦ ، ٤١٥ ، ٤٢٢ ، ٤٢٤ ،
٤٢٧ ، ٤٢٨ ، ٤٤٣ ، ٤٥٣ ، ٤٥٧ ، ٤٥٨ ، ٤٦٤ ، ٤٩١ ، ٤٩٢ ، ٥٢٢ ،
٥٢٥ ، ٥٣٥ ، ٥٤٨ ، ٥٦٣ ، ٥٨٣ ، ٦٠٣ ، ٦٢٠
الصعبي محمد بن عبد الله بن يحيى ٣٢٢
الصيدلاني (أبو المظفر القاسم بن الفضل) ٧٦ ، ٨١ ، ١٧٠ ،
٢٥٠ ، ٢٧٣ ، ٢٨٦ ، ٢٨٧ ، ٢٩٠ ، ٤٦٨ ، ٥٤٥
الصيرفي أبو بكر ٦٢١
الصيمري (عبد الواحد بن الحسين بن محمد) ٢٤ ، ٢٥ ، ١١٩ ،
١٥٢ ، ٢٢١ ، ٢٢٤ ، ٥٦٣ ، ٥٧٢ ، ٥٧٣

حرف الطاء

طاووس بن كيسان ٣٢٢ ، ٦٠٩
ابن طاووس ٣٢٢
أبو الطيب الطبري (طاهر بن عبد الله بن طاهر القاضي) ٣ ، ٤ ،
٨ ، ١٢ ، ١٥ ، ١٦ ، ١٩ ، ٢٠ ، ٢٩ ، ٣١ ، ٣٣ ، ٣٧ ، ٤٠ ، ٤٢ ، ٤٣ ،
٥٠ ، ٥٣ ، ٥٩ ، ٦١ ، ٦٣ ، ٦٥ ، ٧١ ، ٧٣ ، ٧٤ ، ٧٥ ، ٧٦ ،
٨٠ ، ٨٢ ، ٨٣ ، ٨٥ ، ٩٦ ، ١٠٢ ، ١٠٣ ، ١٠٦ ، ١٠٨ ، ١٢٦ ،
١٢٧ ، ١٢٨ ، ١٢٩ ، ١٣١ ، ١٣٢ ، ١٣٥ ، ١٣٦ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ، ١٣٩ ،
١٤٠ ، ١٤١ ، ١٤٣ ، ١٤٥ ، ١٥١ ، ١٥٤ ، ١٥٦ ، ١٥٩ ، ١٦٠ ، ١٦١ ،
١٦٣ ، ١٧١ ، ١٧٢ ، ١٧٣ ، ١٧٥ ، ١٨٠ ، ١٨٣ ، ١٨٤ ، ١٨٥ ، ٢٥٩ ،
٢٦٢ ، ٢٦٦ ، ٢٦٩ ، ٢٧٤ ، ٢٧٦ ، ٢٨٥ ، ٢٩١ ، ٢٩٣ ، ٢٩٤ ، ٢٩٥

الصفحة

٢٢٦ ، ٢٢٤ ، ٢٢٣ ، ٢١٩ ، ٢١٨ ، ٢١٧ ، ٢١٣ ، ٢١٢ ، ٢٩٧ ، ٢٩٦
 ٢٦٨ ، ٢٦٤ ، ٢٦٢ ، ٢٥٧ ، ٢٥٦ ، ٢٥٤ ، ٢٤٨ ، ٢٤٦ ، ٢٢٨ ، ٢٢٧
 ٤٢٠ ، ٤٠٠ ، ٣٩٦ ، ٣٩٣ ، ٣٩٠ ، ٣٨١ ، ٣٧٦ ، ٣٧٥ ، ٣٧٤ ، ٣٧٣
 ٤٧٦ ، ٤٧٣ ، ٤٦٩ ، ٤٥٤ ، ٤٥٣ ، ٤٣٩ ، ٤٣٣ ، ٤٢٤ ، ٤٢٣ ، ٤٢٢
 ٥١١ ، ٥١٠ ، ٥٠٤ ، ٤٩٧ ، ٤٩١ ، ٤٩٠ ، ٤٨٩ ، ٤٨٧ ، ٤٨٤ ، ٤٨٢
 ٥٣٨ ، ٥٣٧ ، ٥٣٦ ، ٥٣٥ ، ٥٣٤ ، ٥٣٣ ، ٥٣٠ ، ٥٢٥ ، ٥٢٢ ، ٥٢١
 ٥٦٣ ، ٥٥٨ ، ٥٥٠ ، ٥٤٩ ، ٥٤٨ ، ٥٤٦ ، ٥٤١ ، ٥٤٠ ، ٥٣٩
 ٦٠٢ ، ٦٠٠ ، ٥٩٧ ، ٥٩١ ، ٥٨٩ ، ٥٨٨ ، ٥٨٣ ، ٥٨٠ ، ٥٦٨ ، ٥٦٧
 ٦٢٧ ، ٦١٩ ، ٦١٣ ، ٦١٢ ، ٦١١ ، ٦٠٧ ، ٦٠٦ ، ٦٠٥ ، ٦٠٤ ، ٦٠٣
 الطبرى (أبو على الحسين بن القاسم) ١٥٩ ، ٥٦ ، ٤٣
 ٤٩٣ ، ٤٣٣ ، ٣١١ ، ٢٩٧ ، ٢٩٤ ، ٢٦٣ ، ٢٥٣ ، ٢١٨ ، ١٨٠ ، ١٧٩
 ٦٢٤ ، ٦١١ ، ٥٥٢ ، ٥٤٢

حرف الميم

أبو عاصم العبادي (محمد بن أحمد بن محمد الهروي) ٤٤٨ ، ٥٩٣

عاصم بن عبيد الله بن عمر بن الخطاب العدوي (١٩٨ ، ٦٠٩
عاصم بن عدى بن الجد بن العجلان حليف الانصار رضى الله عنه ٥٦٩
عبادة بن الصامت ٣٠ ، ٣٢٠

عماد بن الليث الكرابيسي الليثي ٣٠٣

العبادي أبو الحسن ٥٧٦ ، ٥٧٨

ابن عباس = عبد الله

أبو العباس الجرجاني (أحمد بن محمد صاحب المعايه) = الجرجاني

أبو العباس بن سريج ١٦ ، ٣٠ ، ٤٤ ، ٢٣٣ ، ٢٣٤ ، ٢٣٥

٢٤١ ٢٤٢ ٢٤٦ ٢٥٠ ٢٥٨ ٢٧٣ ٢٨٦ ٣٢٣

6 1.8 6 29V 6 278 6 273 6 272 6 201 6 200 6 289 6 288 6 287

6 011 6 898 6 897 6 893 6 892 6 891 6 890 6 878 6 877 6 870

6. 039, 6. 032, 6. 031, 6. 03., 6. 029, 6. 028, 6. 027, 6. 026, 6. 013, 6. 012

67.0 67.2 67.1 69.9 69.2 68.8 68.8 68.3 68.2 68.1

0 0 2 0 6 0 2 4 6 0 2 4 6 0 2 4 6
7 2 8 6 7 2 1 6 7 1 1 6 7 7

٣٩٩ العباس بن محمد بن حاتم بن واقد الدوري

عبد الله بن أحمد ٣٠

عبد الله بن الحسن ٤٠٢ ٤٣٠

٦٠٦ أبو عبد الله الحسين

عبد الله بن عبد الحكم ٤٩٩

عبد الله بن رؤية = المجاج

عبد الله بن شبرمة = شبرمة

عبد الله بن عامر ٦٠٩

عبد الله بن عباس ١١٦ ١٢٢ ١٤٩٦ ٢٠٧ ٢١٤

- عبد الله بن عمرو بن عوف المزني ١٩٧
عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما ٢٢ ، ٢٣ ، ١١٤ ،
١١٥ ، ١٢٢ ، ١٤٤ ، ١٤٩ ، ١٥٥ ، ١٩٤ ، ١٩٧ ، ١٩٨ ، ٢٠٧ ، ٢٣٣ ،
٢٣٤ ، ٢٤٣ ، ٢٤٤ ، ٣١٠ ، ٣٢٢ ، ٤٠٣ ، ٦٠٨ ، ٦٠٩ ، ٦١٠ ، ٦١٨ ،
٦٢٤
عبد الله بن مسعود ١٩٨ ، ١٩٩ ، ٢٠٧ ، ٢١٤ ، ٢٢٩
عبد الله بن يحيى الصعبي والد محمد الصعبي ٣٣٢
ابن عبد البر (أبو عمر الحافظ) ٢٣ ، ٢٤ ، ٣٨ ، ٥٢ ، ٥٤ ، ١٣٦ ،
١٩٧ ، ٢٠٠ ، ٢٠٧ ، ٢٠٨ ، ٢٤٩ ، ٢٥٠ ، ٥٦٣ ، ٦١٠ ، ٦١٤
عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه (أحد العشرة المبشرين بالجنة)
٣٤٧ ، ٥٦٩
عبد الرحمن بن شماس ٢٩٩
عبد الرحمن بن أبي ليلى = ابن أبي ليلى
عبد الرحمن بن هرمز الأعرج ١٩٤ ، ٢٠٦
عبد الرزاق بن همام الصنعاني صاحب المصنف ٢١٤
العبدري (محمد بن سعدون مرجى الحافظ) ١٦٧ ، ٢٠٧ ، ٢٧٤
ابن عبد السلام (عز الدين أمير العلماء) = العز بن عبد السلام
عبد العزيز بن عبد الملك = ابن جريج
عبد الغفار القزويني ٢١٧
عبد المجيد بن وهب ٣٠٣
عبد الملك بن قريب الأصمعي = الأصمعي
عبد الملك أبو المعالي الجويني إمام الحرمين = الجويني
عبد الملك بن مروان ٣٠١
عبد الملك بن هشام ٢٠٢
عبد الوهاب القاضي (عبد الوهاب المالكي) ٣٠ ، ٢٠٥ ، ٥٦٣ ، ٥٧١
عبيد الله (ابن عبد الله بن عتبة بن مسعود أحد الفقهاء السبعة)
٤٠٢
أبو عبيد بن حريويه (هو علي بن الحسين بن حريويه = ابن حريويه
أبو عبيد (القاسم بن سلام) ٢٠٠ ، ٢٠٢ ، ٢٠٣ ، ٢١٦ ، ٢١٧ ، ٤٠٢
عبيد بن الأبرص الشاعر ٢٠١
عثمان الليثي ٤٠٢
أبو عثمان = النهدي
عثمان بن عفان رضي الله عنه ٢١٣ ، ٤٢٩ ، ٦٠٨ ، ٦٠٩ ، ٦١٠ ،
٦١٢ ، ٦١٣ ، ٦١٤ ، ٦١٨ ، ٦١٩ ، ٦٢٢ ، ٦٢٤ ، ٦٢٥
المجاج عبد الله بن رؤية ٢٠١
المجلى (أبو الفتوح أسعد بن محمود بن خلف الأصبهاني) ٢٢ ، ١٠٣ ،
٥٢٢ ، ٥٥٣
المداء بن خالد بن هوزة رضي الله ٣٠٢ ، ٣٠٣

الصفحة

ابن أبي عدي = (محمد بن أبي عدي روى عن سعيد بن أبي عروبة بعد
اختلاطه) ١٩٨ ، ٢٤٩

العراقي (أبو اسحاق ابراهيم بن منصور بن مسلم المصري
العراقي) ٣٥٣ ، ٣٩٤ ، ٤٨٧ ، ٤٩٢

ابن أبي عروبة = سعيد بن أبي عروبة

عروة بن الزبير بن العوام ٣٩٩

العز عبد السلام أمير العلماء ٢٦٠ ، ٢٧٧

ابن عساكر الحافظ ٣٠٢

ابن أبي عمرو (يعقوب بن عبد الرحمن بن أبي سعيد

التهيمي أبو يوسف) ٥٧ ، ١٠٨ ، ١٣١ ، ١٤٩ ، ١٦١ ، ١٦٣ ، ١٧١ ،

١٨٣ ، ١٨٥ ، ٢٢٠ ، ٢٤٣ ، ٢٥٨ ، ٢٦٦ ، ٢٧٣ ، ٢٧٤ ، ٢٧٨ ، ٢٨٠ ،

٢٨١ ، ٢٨٤ ، ٣٠٧ ، ٣٣٥ ، ٣٤٩ ، ٤٢٢ ، ٤٧٧ ، ٤٨٣ ، ٤٨٤ ، ٤٨٩ ،

٥٠٦ ، ٥٢١ ، ٥٢٥ ، ٥٥٨ ، ٥٨٤ ، ٥٩٧ ، ٦٠٣ ، ٦٠٧ ، ٦١١ ، ٦٢٥ ،

٦٢٧

عطاء بن أبي رباح ٣٠ ، ١٥٣ ، ١٥٩ ، ٦٠٩ ، ٦١٠

عقبة بن عامر الجهني رضى الله عنه ٢٩٨ ، ٢٩٩ ، ٣٠٠ ، ٣٢٠ ، ٣٢١

على بن أبي طالب كرم الله وجهه ٣٢٢ ، ٤٢٩ ، ٤٣٠ ، ٤٣٢ ، ٦٢٢

على بن الحسين (زين العابدين) أبو محمد ٤٣٢

على بن المديني (على بن عبد الله بن المديني شيخ البخاري) ٣٢١

العمرائي (القاضي أبو الخير صاحب البيان) ٥٦ ، ٥٩ ، ٦٢ ، ٦٦ ،

٦٧ ، ١٠٤ ، ١١١ ، ٢٨٠ ، ٣١٧ ، ٣١٨ ، ٣٦٨ ، ٤٤٧ ، ٤٨٦ ، ٤٨٧ ،

٥٥٣ ، ٥٥٨ ، ٥٦٩ ، ٥٧٤ ، ٥٨١

أبو عمرو بن عبد البر = ابن عبد البر أبو عمر الحافظ

عمر بن الخطاب الفاروق رضى الله عنه ٢١٣ ، ٣٢٢ ، ٣٩٩ ، ٤٢٩ ،

٤٣٠ ، ٤٣٢ ، ٤٣٣

عمر بن عبد العزيز ٣٢١ ، ٣٣٩ ، ٤٣٠

عمرو بن حريث ٥١٦

عمرو بن على ٤٠٠

أبو عمرو الأوزاعي = الأوزاعي عبد الرحمن بن عمرو

عمرو بن عوف المزني ١٩٧ ، ١٩٩

أبو عمرو الهذلي ٣٧٢

عمير بن سعيد ٣٠٣

ابن عياش وهو اسماعيل ٣٠١

عياض القاضي = عياض اليحصبي ١٩٩

عيسى بن عبد الله بن ماهان التميمي ٣٠٠

ابن عينة = سفيان

حرف الفين

الصلحة

الغزالي (أبو حامد محمد بن محمد ابن محمد الطوسي حجة الاسلام
صاحب الوجيز والوسيط والبيسط والاحياء وغيرها) ١٧ ، ١٣ ، ٥ ، ٤ ،
٢٠ ، ٢٢ ، ٢٨ ، ٤٤ ، ٤٥ ، ٥٩ ، ٦٦ ، ٧٨ ، ٩٤ ، ٩٧ ، ٩٨ ، ٩٩ ،
١٠٣ ، ١١٣ ، ١١٤ ، ١٢٢ ، ١٢٣ ، ١٣٠ ، ١٣٣ ، ١٣٤ ، ١٤٣ ، ١٤٧ ،
١٤٨ ، ١٦٢ ، ١٦٧ ، ١٧١ ، ١٧٣ ، ١٧٤ ، ١٧٥ ، ١٨٦ ، ١٩١ ، ١٩٦ ،
٢٠٤ ، ٢١٥ ، ٢١٦ ، ٢١٧ ، ٢١٩ ، ٢٢٤ ، ٢٣٠ ، ٢٤٤ ، ٢٥١ ، ٢٥٢ ،
٢٥٣ ، ٢٥٥ ، ٢٥٧ ، ٢٦٠ ، ٢٦١ ، ٢٦٢ ، ٢٦٣ ، ٢٦٤ ، ٢٨٤ ، ٣١٢ ،
٣١٧ ، ٣٢٧ ، ٣٣٦ ، ٣٣٧ ، ٣٣٨ ، ٣٣٩ ، ٣٤٠ ، ٣٤١ ، ٣٤٢ ، ٣٤٣ ،
٣٤٤ ، ٣٤٦ ، ٣٤٩ ، ٣٥١ ، ٣٦٨ ، ٣٧٠ ، ٣٧٤ ، ٤٠٦ ، ٤٠٧ ، ٤٠٨ ،
٤١٠ ، ٤١١ ، ٤١٤ ، ٤٢٠ ، ٤٢٥ ، ٤٣٢ ، ٤٤١ ، ٤٥٧ ، ٤٥٨ ، ٤٦٠ ،
٤٦١ ، ٤٦٣ ، ٤٦٦ ، ٤٧٠ ، ٤٧١ ، ٤٧٣ ، ٤٧٥ ، ٤٧٦ ، ٤٨٣ ،
٤٩٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٢ ، ٤٩٣ ، ٤٩٨ ، ٤٩٩ ، ٥٠٠ ، ٥٠١ ، ٥٠٢ ، ٥٠٥ ،
٥٠٦ ، ٥١٢ ، ٥١٣ ، ٥١٥ ، ٥٢٦ ، ٥٢٨ ، ٥٢٩ ، ٥٣٦ ، ٥٣٧ ، ٥٣٨ ،
٥٥٠ ، ٥٥٤ ، ٥٦٢ ، ٥٧٤ ، ٥٧٥ ، ٥٨٣ ، ٥٨٤ ، ٥٨٧ ، ٥٩٤ ، ٦٠٤ ،
٦١٢ ، ٦٢٥

أبو الغنائم (المسلم بن محمد بن المسلم بن علان) ٧٨

حرف الفاء

ابن فارس (أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا) ٣٠٤
الفارقي (الحسن بن ابراهيم بن علي أبو علي) ١٠٢ ، ٢٠٠ ، ٣٥٧ ،
٤٤٦ ، ٤٨٠ ، ٤٨١ ، ٤٨٣ ، ٤٨٦ ، ٤٨٧ ، ٤٩٥ ، ٥٦٩ ،
أبو الفتح القشيري (عبيد الله بن عبد الكريم بن هوازن القشيري)
١١٧ ، ٢١٨

أبو الفتوح العجلي (أسعد بن محمود بن خلف الأصبهاني) = العجلي
الفسوي يعقوب (ابن سفيان بن جوان الفارسي أبو يوسف
ابن أبي معاوية الفسوي الحافظ) ٣٠١

الفضيل بن سليمان ٣١

الفلاس عمرو بن علي ٣٠٠

الغزالي (صاحب الأبنية) عبد الرحمن بن أحمد بن محمد ٤٨ ،
٥٩ ، ٨٣ ، ١٠٨ ، ١٤٣ ، ١٦٤ ، ٢٣٠ ، ٢٣١ ، ٢٤٣ ، ٢٨٤ ، ٢٨٥ ،
٣٤٩ ، ٣٥١ ، ٣٩٤ ، ٤٧٦ ، ٥٢٥ ، ٥٣٠ ، ٥٣٢ ، ٦١٦

الفيروزابادي (صاحب القاموس) ٣٧٠

حرف القاف

ابن القاسم مالك ٣٩ ، ٢٠٨

أبو القاسم الكرخي (منصور بن عمر بن علي البغدادي) ٧٥ ، ١٠٨ ،
١٣٣

الصفحة

ابو القاسم = الداركي
ابن القاص (أبو العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري) ٣٧ ،
٣٤٩ ، ٣٥٠ ، ٣٥١ ، ٣٦٩ ، ٣٧٨
قتادة بن دعابة السدوسي التابعي الأكمه ٣٠٢ ، ٣٢٠ ، ٣٢١ ، ٤٣٠
ابن قتيبة الدينوري (عبد الله بن مسلم أبو محمد) ٦٦ ، ١٠٤ ،
٢٠٢
قرة بن خالد ٢٠٥

القرويني (عبد الغفار بن عبد الكريم بن عبد الغفار نجم الدين القزويني)
٢١٧

القشيري أبو الفتح الشيخ عبد الكريم = القشيري
ابن القطان أبو الحسين بن الفضل القطان ١٤٢ ، ٥١٩ ، ٥٣١ ،
٥٩٣
القفال (محمد بن علي بن اسماعيل القفال الكبير) ١٦ ، ٣٠ ، ٧٥ ،
٧٦ ، ١٢٣ ، ١٢٦ ، ١٦٨ ، ٣١٧ ، ٣٣٥ ، ٣٣٧ ، ٣٣٩ ، ٣٤١ ، ٣٤٢ ،
٣٤٩ ، ٣٨٧ ، ٣٨٨ ، ٣٨٩ ، ٣٩٠ ، ٣٩١ ، ٣٩٥ ، ٤٦٨ ، ٥٠٠ ، ٥٠١ ،
٥٠٢ ، ٥٠٣ ، ٥٠٤ ، ٥١٠ ، ٥٣٥ ، ٥٤٥

حرف الكاف

كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه ١٩٧ ، ١٩٩
ابن كج (يوسف بن أحمد بن يوسف القاضي أبو القاسم) ٢٤٥ ، ٥١٩ ،
٥٤٦
الكرائيسي (الحسين بن محمد) ٣٧٦
الكرخي = أبو القاسم

حرف اللام

الليث بن سعد المصري ٣١ ، ١٥٩ ، ١٦١ ، ٢٠٧ ، ٤٢٩
ليث بن أبي سليم ١٩٧
الليثي = عثمان
ابن أبي ليلى (عبد الرحمن) ٣١ ، ٣٢ ، ١١٨ ، ١٣٣ ، ١٩٨ ، ٢٠٧ ،
٢٥٠ ، ٤٣٠ ، ٤٥١ ، ٥٢٦ ، ٥٤٧ ، ٦١٠

حرف الميم

ابن ماجه (أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني صاحب السنن) ٣٠ ،
٣١ ، ١٩٤ ، ١٩٥ ، ١٩٧ ، ٢٠٥ ، ٢٢٩ ، ٣٠٣ ، ٣٩٨
المازني ٢٠٢
الماسرجسي (أبو الحسن علي بن سهل بن مصلح) ١٥ ، ٤٣٣

الصفحة

مالك بن انس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي امام الأئمة ٣٠ ، ٣١ ،
٣٩ ، ٥٤ ، ١٠٥ ، ١١٦ ، ١١٨ ، ١٢٠ ، ١٤٥ ، ١٤٨ ، ١٥٥ ، ١٥٦ ،
٣٦٢ ، ٣٢٠ ، ٣١٥ ، ٣١٤ ، ٢٥٠ ، ٢٠٨ ، ٢٠٧ ، ١٩٤ ، ١٦٦ ، ١٥٧ ،
٥١٨ ، ٥٠٥ ، ٤٥١ ، ٤٤٧ ، ٤٢٩ ، ٤٠٧ ، ٤٠٥ ، ٤٠٤ ، ٤٠٢ ، ٣٨٠ ،
٦٢٣ ، ٦١٨ ، ٦١٣ ، ٦١٠ ، ٦٠٩ ، ٦٠٨ ، ٥٧١ ، ٥٥٣ ، ٥٢٤ ، ٥١٩ ،
٦٢٤

١٢٢
 السوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب
 ٨٠٧٠٥٠٣٠٢ ٣٨٠٣٧٠٣٣٠٣١٠٢٧٠١٩٠١٦٠١٤٠١٣٠١٢٠١١٠٩
 ٦٦٠٥٨٠٥٧٠٥٦٠٥٤٠٥٠٠٤٩٠٤٧٠٤٣٠٤٢٠٤١٠٤٠
 ٨٧٠٨٦٠٨٥٠٨٤٠٨٣٠٨٢٠٨١٠٧٦٠٧١٠٦٨٠٦٧
 ١٠٨٠١٠٥٠١٠٢٠١٠٠٠٩٧٠٩٦٠٩٥٠٩٠٨٩٠٨٨
 ١٤٨٠١٤٦٠١٤٤٠١٣٥٠١٣٤٠١٣٣٠١١٩٠١١٢٠١١١٠١٠٩
 ١٧٣٠١٧٢٠١٦٢٠١٦١٠١٥٧٠١٥٦٠١٥٤٠١٥٣٠١٥٢٠١٥١
 ٢١٤٠١٩٩٠١٨٧٠١٨٥٠١٨٤٠١٨٣٠١٨٠١٧٨٠١٧٧٠١٧٦
 ٢٣٩٠٢٣٨٠٢٣٦٠٢٣٤٠٢٢٨٠٢٢٦٠٢٢٤٠٢١٩٠٢١٧٠٢١٥
 ٢٦٦٠٢٦٤٠٢٦٣٠٢٦٢٠٢٥٩٠٢٥٤٠٢٥٣٠٢٤٧٠٢٤٢٠٢٤١
 ٢٩١٠٢٨٦٠٢٨٤٠٢٨٣٠٢٧٧٠٢٧٦٠٢٧٤٠٢٧٣٠٢٧٢٠٢٦٩
 ٣٢٧٠٣٢٣٠٣١٩٠٣١٧٠٣١١٠٣١٠٢٩٧٠٢٩٥٠٢٩٤٠٢٩٣
 ٣٦٢٠٣٥١٠٣٥٠٢٣٩٠٢٣٦٠٢٣٥٠٢٣٤٠٢٢٨
 ٣٨٩٠٣٨٥٠٣٨٢٠٣٧٣٠٣٧٢٠٣٧١٠٣٧٠٣٦٨٠٣٦٦٠٣٦٥
 ٤٢٢٠٤٢١٠٤١٩٠٤١٦٠٤١٥٠٤٠٩٠٤٠٠٠٣٩٧٠٣٩٦٠٣٩٥
 ٤٧٦٠٤٦٥٠٤٦٤٠٤٥٦٠٤٥٥٠٤٣٨٠٤٢٨٠٤٢٧٠٤٢٦٠٤٢٥
 ٥١١٠٥١٠٥٠٧٠٥٠٥٠٤٩٧٠٤٩٢٠٤٨٧٠٤٨٣٠٤٨٢٠٤٨٠
 ٥٤٦٠٥٤٣٠٥٤٢٠٥٣٩٠٥٣٨٠٥٣٧٠٥٣٢٠٥٢٩٠٥٢٥٠٥١٥
 ٥٦٠٠٥٩٨٠٥٩٦٠٥٩٢٠٥٩١٠٥٩٠٥٨١٠٥٧٤٠٥٧٣٠٥٥٨
 ٦٢١٠٦٢٠٦١٩٠٦١٦٠٦١٥٠٦١٤٠٦١٢٠٦١١٠٦٠٢٠٦٠١
 ٦٢٧٠٦٢٦٠٦٢٥٠٦٢٤

متمم بن نويرة ٢٠٠

[illegible]

الصفحة

٥٤٩ ، ٥٥١ ، ٥٥٢ ، ٥٥٣ ، ٥٥٥ ، ٥٥٦ ، ٥٦٠ ، ٥٦١ ، ٥٦٥ ،
٥٦٧ ، ٥٦٨ ، ٥٦٩ ، ٥٧٣ ، ٥٧٥ ، ٥٧٧ ، ٥٨٠ ، ٥٨١ ، ٥٨٤ ، ٥٩١ ،
٥٩٦ ، ٦١٦ ، ٦٢٥ ، ٦٢٨

مجاهد بن جبر ١٩٦ ، ١٩٧

المحاملى (أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم بن اسماعيل
ابن محمد بن اسماعيل بن سعيد بن أبان الضبى المحاملى) ٤ ،

٩ ، ١٣ ، ١٤ ، ١٥ ، ٤٢ ، ٤٣ ، ٥٨ ، ٦٠ ، ٦٨ ، ٧١ ، ٧٦ ،
٩٦ ، ١٠٠ ، ١٠٦ ، ١٣١ ، ١٣٢ ، ١٣٥ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ، ١٨٣ ، ١٨٥ ،
١٩٠ ، ١٩١ ، ٢٣٦ ، ٢٨٥ ، ٣٠٥ ، ٣٠٨ ، ٣٤٨ ، ٣٥٦ ، ٣٩٨ ، ٤٢٢ ،
٤٥٧ ، ٤٦٤ ، ٤٨٩ ، ٥٢١ ، ٥٢٢ ، ٥٢٥ ، ٥٣٩ ، ٥٨٣ ، ٦٠٦ ، ٦٢٤ ،
٦٢٧

محمد بن أحمد الأزهرى صاحب الزاهر ٨ ، ٢٠١ ، ٣٠٢ ، ٤٠٠ ،
٤٠١

محمد بن اسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة أبو عبد الله البخارى
رضى الله عنه = البخارى

محمد بن بشار بن دار شيخ البخارى ٣٠٣

محمد بن الحسن الشيبانى صاحب أبى خنيفة ١٤٥ ، ٢٥٠ ، ٢٩٣ ،
٣٢٣ ، ٣٣٥ ، ٣٤٨ ، ٣٨٠ ، ٤٣٤ ، ٤٦٥ ، ٥٢٦ ، ٦٠١ ،

محمد بن زياد ١٩٦ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦

محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان ٢١٤

محمد بن عبد الرحمن الحضرمى ٢٧٤

محمد بن أبى عدى = ابن أبى عدى ١٩٨ ، ٢٤٩

محمد بن على بن الحسين أبو جعفر الباقر ٤٣٢

محمد بن موسى أبو بكر ٤٦

محمد بن يحيى بن منصور تلميذ الفزالى ٤٣٢

مخلد بن خفاف ٣٩٩ ، ٤٠٠

أبو بكر الخزومى ٣٠٢

أبن المدينى على بن عبد الله شيخ البخارى ٣٢١

أبن المرزبان على بن أحمد ٥٥٩

أبرعشم ٤٣٨ ، ٥٠٨ ، ٥٩٣

المروزي أبو أحمد = أبو اسحاق = أبو اسحاق المروزي

المروذى القاضى أبو حامد = أحمد بن بشر بن عامر

الزهرى اسماعيل بن محمد صاحب الشافعى وصاحب المختصر للأمام ٧١ ،

١٣٧ ، ١٧١ ، ١٧٣ ، ١٧٤ ، ١٧٥ ، ١٧٦ ، ١٧٧ ، ١٧٩ ، ١٨٠ ، ١٨١ ،

١٨٢ ، ١٨٦ ، ١٩٤ ، ١٩٦ ، ٢٠١ ، ٢٠٣ ، ٢٩٨ ، ٣٨٣ ، ٤٢١ ، ٤٦٧ ،

٥٠٠ ، ٥٠٤ ، ٥٠٥ ، ٥٠٧ ، ٥١٨ ، ٥٢٦ ، ٥٢٧ ، ٥٤٢ ، ٥٧٧ ، ٥٧٨ ،

٥٧٩ ، ٥٩٤ ، ٥٩٥ ، ٦٠٨ ، ٦١٢ ، ٦١٣

مسلم بن الحجاج القشيري ٢٣ ، ١١٥ ، ١١٦ ، ١٤٩ ، ١٩٤ ، ١٩٦ ،

١٩٩ ، ٢٠١ ، ٢٠٥ ، ٢٠٧ ، ٢٩٩ ، ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣٣١ ، ٣٩٩

مسلم الدارنى تلميذ الشيخ أبى ٥٨٣

الصفحة

- مسلم بن خالد الزنجي شيخ الشافعي ٣٩٨ ، ٣٩٩ ، ٤٠٠
ابن المسيب سعيد بن المسيب بن حزن افضل التابعين واحد
الفقهاء السبعة ٣٢١ ، ٤٣٠
أبو المظفر ٤٣٣
معاوية بن أبي سفيان ٢١٣ ، ٣٠٠
معمّر بن راشد ٢١٤
ابن ميمّ ٣٣١ ، ٣٦١ ، ٤٨٢
ابن معين = يحيى
ابن المفلس ٢٠٥
المقدسي نصر بن ابراهيم بن نصر ٧١ ، ١٠٥
المقدسي = يوسف بن اسماعيل
المقدمي عمر بن علي المقدمي ٣٩٩ ، ٤٠٠
ابن مقلّص (عبد العزيز بن مقلّص) ٤٧٦
مكحول امام الشام ٣٠٢ ، ٣٠٣
ابن المنذر (أبو بكر محمد بن اسحاق الحافظ) ١٤٩ ، ١٦٧ ، ٢١٩ ،
٢٢٣ ، ٢٣٠ ، ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، ٢٥٠ ، ٢٧٠ ، ٣٣١ ، ٤٠١ ، ٤٣٠ ، ٤٣٨ ،
٤٣٩ ، ٥١٧ ، ٥١٨ ، ٥٥٣ ، ٥٦٩ ، ٥٧٢ ، ٦١٠
المنذري الحافظ عبد العظيم بن عبد القوى ١٩٧
أبو مسهر الفسّاني واسمه عبد الأعلى ٣١٠
موسى بن يسار ١٩٥ ، ٢٠٥

حرف النون

- ناصر الدين البيضاوي محمد بن احمد بن سعد صاحب المصباح ٣٧٠
النخعي ابراهيم بن يزيد بن قيس بن الاسود ١٤٩ ، ١٥٣ ، ٤٠١ ،
٤٣٠ ، ٤٣٧ ، ٤٣٨
النسائي (عبد الرحمن بن شعيب) صاحب المجتبى والسنن ١٩٤ ،
١٩٥ ، ٢٠٥ ، ٣٩٩
النعمان بن ثابت = أبو حنيفة الامام رضي الله عنه
ابن نمير محمد بن عبد الله بن نمير ١٩٧
النهدى أبو عثمان عبد الرحمن بن مل ٢١٤ ، ٦٠٩

حرف الهاء

- أبو عمر الهذلي صاحب الاستقصاء ٥٦٠
أبو سعيد الهروي ٢٠٢ ، ٣٣٣ ، ٣٣٧ ، ٣٤١ ، ٣٥٩ ، ٤٩٨ ، ٥٥٤ ،
٥٥٥ ، ٥٦١ ، ٥٦٢
أبو هريرة (عبد الرحمن بن صخر رضي الله عنه) ١١٦ ، ١٩٤ ،
١٩٥ ، ١٩٦ ، ١٩٧ ، ١٩٩ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، ٢٠٩ ، ٢١٠ ، ٢١٣ ،
٢١٤ ، ٢١٦ ، ٢٣٣ ، ٢٣٤ ، ٢٣٩ ، ٣٠٢

الصفحة

أبو علي ابن أبي هريرة (الحسن بن الحسين بن أبي هريرة) ٣ ،
 ٩ ، ٢٤ ، ٤٣ ، ٥٤ ، ٥٦ ، ٥٧ ، ٧٣ ، ٧٤ ، ٧٧ ، ١٠٨ ، ١١٠ ،
 ١١١ ، ١١٣ ، ١١٤ ، ١٨٧ ، ١٩٦ ، ٢١٩ ، ٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٢ ،
 ٢٢٣ ، ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، ٢٢٨ ، ٢٣٠ ، ٢٣١ ، ٢٣٤ ، ٢٣٦ ، ٢٥٣ ،
 ٢٥٤ ، ٢٦٣ ، ٢٦٤ ، ٢٨٣ ، ٢٩٤ ، ٣١٠ ، ٣١٤ ، ٣١٩ ، ٣٢٣ ، ٣٩٠ ،
 ٥٢٥ ، ٥٣٢ ، ٥٤٦ ، ٥٩٧ ، ٥٩٩ ، ٦٠٠ ، ٦٠١ ، ٦٠٥ ، ٦٠٦ ، ٦١١ ،
 ٦١٤

هشام بن اسماعيل بن هشام ٣٢٠
 هشام بن حسان الأزدي القردوسي ٢٠٥
 هشام بن عروة ١٩٩ ، ٣٩٨ ، ٣٩٩ ، ٤٠٠
 همام بن منبه الصنعاني الابتدائي ١٩٥ ، ١٩٦

حرف الواو

واثلة بن الأسقع بن عبد العزى بن عبد ياليل بن ناشب بن نميرة
 ابن سعد بن ليث بن بكر ٢٩٨ ، ٣٠٠ ، ٣٠١ ، ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣٠٧ ،
 ابن الوكيل أبو حفص ٤٨ ، ٢٧٣ ، ٦١١
 أبو الوليد الباجي = الباجي
 أبو الوليد بن الجارود ٢٠٢

حرف الياء

ابن يحيى (زكريا بن يحيى بن أسد) ١٣٤
 يحيى بن أيوب الخافقي ٢٩٩ ، ٣٠٠
 يحيى بن بكير ٣٠١
 يحيى بن سعيد الأنصاري ١٩٨ ، ١٩٩ ، ٣٢١ ، ٦٠٨
 يحيى بن أبي كثير اليمامي التابعي ١٢٠ ، ٢١٤
 يحيى بن معين ٣١ ، ١١٦ ، ٢٠٠ ، ٣٠٠ ، ٣٩٨ ، ٦٠٩
 يزيد بن زريع ١٩٩
 يزيد بن عبد الرحمن بن أبي مالك ١٩٦ ، ٣٠٠ ، ٣٠١
 أبو يعقوب أحمد بن علي الأبيوردي ١٧٧ ، ٣١٦
 يعقوب بن أبي عمرو = ابن أبي عمرو .
 يعقوب الفسوي = الفسوي
 أبو يوسف الأسفراييني صاحب المستظهرى ٢٢٨
 أبو يوسف الإمام صاحب أبي حنيفة ١٤٥ ، ٢٠٧ ، ٣٢٣ ، ٣٨٠ ، ٤٢٩ ،
 ٦٠١ ، ٦٢٥
 ابن يونس صاحب شرح التبيين لأبي اسحاق الشيرازي ٢٦٤ ،
 ٢٧٥ ، ٢٩٠ ، ٣٧٠ ، ٥٥٣

خامسا : فهرس الأحكام

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٦	وفي الوسيط حكاية إذا لم يتضرر لم يجبره على النقل	٢	مسائل المعدن
٧	والمأوردى أراد بالضرر الزرع والغراس	٣	يدخل ما في باطن الأرض من المعدن في بيعها والنفط والقار زيت في الأرض
٧	فإن كان المشتري عالما بها فلا أجره له على البائع في قلعها	٣	ولا تدخل في بيع الأرض الحجارة والركاز
٧	(الحالة الثالثة) أن يكون تركها تضر لقربها من عروق الغراس والزرع وقلعها مضر لها في الأرض	٣	أما الأحكام ففيه مسألتان : (أحدهما) المعدن باطن وظاهر
٨	(ثالثها) الفرق بين النقل قبل القبض فلا يجب أو بعده فيجب	٣	ولا يجوز بيع معدن الذهب بالذهب
٨	واطلق الرافعي الخلاف في وجوب الأجرة هكذا ومن جملة أقسام ما فرضه أن يكون عالما بالحجارة جاهلا بضررها	٣	وفي الجمع بين بيع وصرف قولان
٩	القماش هو ما على وجه الأرض من بقايا المتاع والأشياء	٤	وجزم الغزالي وحمله على ذلك قول الإمام (الثانية) إذا باع أرضا فيها ركاز
٩	والشافعي في الأم اطلق وجوب التسوية ولم يفصل بين ما قبل القبض وبمده لو عدم ذلك التراب بالكلية وكان له قبضة ينبى أن يكون كتلف بعض المعتود عليه	٤	سواء كان من دفين الجاهلية أو من دفين الاسلام (المسألة الثالثة) الأحجار على ثلاثة أقسام (الأول) أن تكون مخلوقة في الأرض وهو على ثلاثة أضرب
١٠	(والحالة الثانية) أن لا يكون في قلعها ضرر ويكون في تركها ضرر	٤	(الأول) أن يضر بالزرع والغراس جميعا فهو عيب (الضرب الثاني) يضر بالغراس دون الزرع (الضرب الثالث) أن لا تكون مضره بالغراس ولا بالزرع لبعدهما بينهما
١١	(الحالة الرابعة) أن يكون في قلعها ضرر ولا يكون في تركها ضرر فله المشتري الخيار إذا كان جاهلا	٥	(القسم الثاني) من أحوال الحجارة أن تكون مبنية في الأرض (القسم الثالث) أن تكون مدفونة فيها كما فرضه المصنف
١٢		٦	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
١٧	زرعا وباعها مع الزرع وتحتها أحجار (فرع) قال الغزالي فيها نقل ابن أبي الدم : أن المراقبين نقلوا أنه يجب على الفاصب أرش نقصان الحفر	١٣	(فرع) تقدم أنه إذا لم يكن في القلع ضرر أو كان فيه ضرر يسير (فرع) في هذه الحالة فأما الفراس الذي وعدت بذكر
١٧	(فرع) زرع المشتري الأرض ولم يعلم أن تحتها حجارة وفي قلعها هلاك الزرع	١٣	وأن أحدثه جاهلا ففى ثبوت الخيار وجهان وأما نقص الفراس (فرع) تكلم الإمام وقبله القاضي حسين
١٧	(فرع) شبه المتولى الخلافة في ثبوت الخيار إذا اشترى الأرض وغرسها بعد الشراء ثم ظهر فيها أحجار	١٤	(فرع) ذكره المحاملى قال أبو اسحاق : إذا باع عبدا فقال المشتري : هو أبقى
١٨	(فرع) من تمة الكلام في المسائل المتقدمة لو كان الفراس داخلا في بيع الأرض ونقل الحجارة مضر به	١٤	(فرع) ذكره المحاملى قال أبو اسحاق : إذا باع عبدا فقال المشتري : هو أبقى
١٨	(فرع) قال الرافعي رحمه الله : لو باع دارا في طريق غير نافذ دخل حريمها في البيع	١٥	(فرع) ذكر الإمام في آخر كلامه كالأصايط لما تقدم أنه مهما فرض ضرر لا يندفع (فرع) تقدم أن الأصح في الأجرة أنها لا تجب قبل القبض وتجب بعده
١٩	قال الإمام : والبناء عندي بالنسبة إلى البستان كالشجرة بالإضافة إلى الدار (فرع) قول الغزالي في الوجيز أن الأظهر عدم الدخول يعنى به الأظهر من الطرق	١٥	(فرع) تقدم الكلام في أن للمشتري الخيار عند وجود شروطه المتقدمة
٢٢	وأن باع نخلا وعليها طلع غير مؤبر	١٦	(فرع) إذا اختار المشتري الإمساك وفي أرش النقص طرق (فرع) قال الروياني : فلو كان قلع الأشجار يضر وتركها لا يضر
٢٢	من اصطلاح متأخري الأصحاب أن الأظهر الراجع من الأقوال .. الخ (أما الأحكام) فبيع الشجر أن كان بشرط القطع جاز مطلقا	١٦	(فرع) إذا غرس المشتري بعد العلم بالحجارة سقط رده وأن كان قلعها يضر وتركها لا يضر فإن اختار القلع فعليه أرش النقص قولا واحدا
٢٤		١٧	(فرع) قال الروياني وغیره : ولو كان البائع زرع

الصفحة	الأحكام
٢٢	واجاب الاصحاب بعد التمسك بالحديث (تتمة) استدلال الاصحاب
٢٣	وقول المصنف : ولأن ثمرة النخل كالحمل
٣٤	وكلام الشافعى صريح فى أن الحمل لا يقابله قسط من الثمن
٣٤	أما الاعتراضات فان المعنى فى الحمل لا يجوز افراده بال عقد
٣٤	(فائدة) كلام الشافعى كالصريح فى افادة الاجماع على دخول الحمل فى بيع الأم
٣٥	قال ابن الرغمة : وفى معناه كل تمليك جرى بالاختيار من المالك (منها) لو وهبها خيث لا ثواب وهى حامل لا يتبعها الحمل الجديد
٣٥	(ومنها) لو خرجت عن ملكه بعوض (قلت) قضية الماخذين ان الاب لو رجع فى الجارية التى وهبها لابنه وهى حامل قال القاضى حسين فى كتاب امهات الاولاد
٣٦	(قاعدة) العقود التى يملك بها النخل والتمر أربعة أضرب
٣٦	(أحدها) عقد معاوضة على وجه المراضاة (الضرب الثانى) ما ملك بمعاوضة على غير وجه المراضاة
٣٦	(الضرب الثالث) عقد على سبيل المراضاة من غير معاوضة كالهبة والوصية
٣٧	

الصفحة	الأحكام
٢٥	أما الخلاف (بضم الخاء وتشديد اللام) الذى يقطع فى كل سنة من وجه الأرض وقد يستحق غير المالك المنفعة لا الى غاية
٢٦	ولو كانت الأرض غير مملوكة لبائع البناء والغراس فلا يتخيل فيها ملك الأرض أما اذا كان فى أرض مفصولة فحكى الماوردى فى كتاب الفصب
٢٧	وهذه الأحكام كلها جارية فى جميع الشجر اذا عرفت هذه المقدمة فاذا باع نخلا دخل جريدها وسعفها (والدليل الثالث) من الحديث
٢٩	وأما الوجه الثالث الذى ذكره الشيخ أبو حامد فهو راجع الى المفهوم فأما رواية ابن ماجه ففى سندها الفضيل بن سليمان وليس بالقوى
٣٠	قال الماوردى : وروى أن النبى ﷺ أنشد قول الأعرابى (مرع) فى مذاهب العلماء وافقنا على دخول الطلع والتفرقة بين ما قبل التابير وبعده مالك وأحمد والليث وداود والطبرى
٣١	وقال أبو حنيفة والكوفيون والأوزاعى لا يدخل بكل حال فأخذ بالمنطوق دون المفهوم وأخذ الشافعى بالمنطوق والمفهوم واحتجت الحنفية ومن وافقهم بأنها ثمرة برزت عن شجرها
٣٢	
٣٢	
٣٢	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٤٠	(ومنها) إذا جنى المدير جناية تستغرق قيمته ثم مات السيد	٣٧	(الضرب الرابع) ما لم يكن من عقود الماوضات ولم يكن ماخوذاً على وجه المراضاة
٤١	وأما الحديث فليس فيه تعرض لذلك	٣٧	(فرع) قال صاحب فيها شد عن أصول الكوفيين
٤١	(فرع) إذا قلنا بأنه إذا استثنى الثمرة يشترط شرط القطع	٣٨	(فرع) وأما قول المصنف قال الشافعي : وما تشقق في معنى ما أبر لأنه نساء ظاهر
٤١	(فرع) إذا بقيت الثمار غير المؤبرة للبائع بالاستثناء	٣٨	ومن كلام الشافعي والبويطي يستفاد أن التأبير اسم لوضع طلع الفحل في الإناث
٤٢	(فرع) قال الماوردي : لو استثنى البائع نصف الثمره بطل العقد	٣٨	قال الماوردي : ومن النخل ما يكون ترك تلقحه أصح للثمره
٤٢	(فرع) قد علمت أن هذه المؤبرة عند الإطلاق للمشتري	٣٨	قال ابن عبد البر في التمهيد لم يختلف العلماء أن الحائط إذا تشقق طلع انائه
٤٢	(فرع) باع نخلة مطلعة ولم يقل للمشتري : إنها مؤبرة	٣٨	وأما البيع فلا ، حتى يصير زهوا
٤٣	(فرع) بيع الطلع في قشره مغردا مقطوعا على الأرض أو على النخل	٣٩	(فرع) دل الحديث على أن الثمرة المؤبرة للبائع إلا أن يشترط المتاع
٤٣	(فرع) قال الشيخ أبو محمد : إذا أبر الطلع وحكمنا ببقائه للبائع	٣٩	(فرع) هذا الاشتراط هل حكمه حكم البيع ؟
٤٣	(فرع) باع نخلة لم يخرج طلعها فانه يخرج طلعها على ملك المشتري	٣٩	(فرع) قال أصحابنا : يحصل تسليم الشجرة مع كون الثمار المؤبرة عليها للبيع
٤٤	(فرع) لو شرط غير المؤبرة للمشتري كان تأكيداً	٤٠	(فرع) فأما غير المؤبرة فقد علم أنها عند الإطلاق تكون للمشتري
٤٤	(فرع) ذكرهما ابن سريج ونقلهما الشيخ أبو حامد	٤٠	وجعلوا هذه قاعدة أن ما اشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل ؟
٤٤	(أحدهما) اشترى نخلة فأثرت	٤٠	وخرجوا على ذلك مسائل (منها) إذا باع داراً واستثنى منفعتها لنفسه سنة هل يصح ؟
٤٤	(الثاني) اشترى أرضاً عليها نخيل مؤبرة		
٤٤	(فائدة) الفزالي في المستصفي من المنكرين لهذا المفهوم ، ولكنه في كتبه الخلافة		

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	ثم قال الشافعى : ومن		ليس فى شىء من كتب
٥٠	باع نخلا قبل أن تؤبر الاناث		الفزالى باسم التحضير ولعله
	(فائدة) أطلق المصنف		صحف التحصين وهو كتاب
٥٠	الوجهين فى هذا الكتاب	٤٥	(تحصين المآخذ)
	(فرع) قال الماوردى :		وأما الأول فلأن الخلع
	إذا اخذ طلع الفحال جاز	٤٦	لا يتفق الا فى حالة الشقاق
٥٠	بيعه		(فائدة أخرى) فى التابير
	(فائدة) ادعى بعضهم		عن جابر « أبصر النبى ﷺ
	أنه ليس فى خصوص مسألة		الناس يلتحقون فقال :
٥٠	الفحال	٤٦	لا لقاح »
	(فرع) باع فحالا لا طلع		تضمن الحديث النهى عن
٥١	عليه	٤٦	اللقاح ثم الاذن فيه
	وان باع حائطا أبر بعضه		ومال الحازمى الى أن ذلك
	دون بعض جعل الجميع		ليس بحكم شرعى والحديث
٥١	كالمؤبر	٤٦	المذهبين
	(أما الأحكام) ففى هذه		وأن باع فحالا وعليه طلع
٥٢	الجملة مسألتان		لم يتشقق ففيه وجهان
	(الأولى) إذا باع حائطا		(أحدهما) أنه لا يدخل فى
٥٢	أبر بعضه	٤٦	بيع الأصل
	وقد وقع فى كلام ابن حزم		(والثانى) أنه يدخل
	ما يقتضى أن لفظ الحديث :	٤٦	فى بيع الأصل
٥٢	وفيهما ثمة		الفحال بضم الفاء وحاء
	أن الحكم بتبعية الأناس	٤٧	مهمة مشددة ذكر النخل
٥٣	أمر ضرورى لصحة البيع		(أما الأحكام) فقال
	وأما إذا كان الحائط		الأصحاب تبعا للشافعى :
٥٣	أنواعا	٤٧	إذا كان فى النخل فحول
	(فرع) هذا كله فيها إذا		قال الماوردى : هذان
٥٤	باع الجميع		الوجهان مخرجان من اختلاف
	وأما عند اختلاف النوع	٤٧	أصحابنا فى طلع الاناث
٥٥	فغريب		وقال الجورى : إذا كان
	قال ابن الرقعة : يشترط		فيها فحول فقد اختلف
	أن يكونا فى اقليم واحد بل	٤٨	أصحابنا
٥٥	فى مكان طبعه واحد		وقال القاضى حسين :
	وأما عند اختلاف النوع		على هذا الوجه فيه وجهان
٥٥	فغريب	٤٨	كما فى طلع الاناث
	(فرع) هذا الحكم المذكور		وحكى فى الحاوى وجهها
	من أول الفصل الى هنا أن		وصححه أن تطلع الاناث
٥٦	المؤبر لا يتبع النخلة المبعة	٤٩	لا يتبع طلع الذكور
	وان كان له حائط أطلع		وان كان طلع الذكور يتبع
٥٦	بعضه	٤٩	طلع الاناث

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٦٥	(فرع) لو باع كمام الورد قبل حصول الورد فيها (الضرب الثاني) ما يقصد منه الورق كالتسوت وشجره المسمى بالفرصاد	٥٧	(الشرح) فيه مسالتان : (المسألة الأولى) اذا باع جميع نخل البستان وقد أبر بعضها
٦٥	(فائدة) الياسمين بكسر السين والاشهر جعل النون حرف اعرابه	٥٧	(قلت) وقد تقدم ان قول ابن أبي هريرة الذي انتصر له الماوردي مخالف لتص الشافعي الصريح
٦٦	وفي المسألة وجه ثالث حكاه الروياني عن جزم الماوردي به	٥٨	(قال ابن الرقعة) ولو كان بعض الولد ولم ينفصل كله الا بعد البيع
٦٦	الخلاف — بضم الضاء وتشديد اللام — الذي يقطع أغصانه ويترك ساقه	٥٨	(المسألة الثانية) اذا أبر بعض الحائط دون بعض
٦٧	(فرع) قال صاحب التتمة : المذهب في شجر النبق كسائر الأشجار	٥٩	قال الشافعي : والكرفس اذا بيع أصله كالنخل
٦٧	وان كان مما يقصد منه الثمرة فهو على أربعة اضرب (أحدها) ما تخرج ثمرته ظاهرة من غير كمام ولا ورق	٦٠	وأما الكرفس المذكور فلا نعلم خلافا في الحائته بالنخل
٦٨	دونها ولا حائل كالتين والعنب واعلم ان كلام المصنف في هذا الضرب والذي بعده يقضى بأن ما يظهر بعد العقد لا يكون تابعا لمسا عقد العقد	٦١	وقال القاضي حسين : انه يبقى للبائع ولا يدخل في البيع وان باع شجرا غير النخل والكرفس لم يخل اما ان يقصد منه الورد او الورق أو الثمرة
٦٩	(قلت) ههنا اعتراض وجواب جيدان (والضرب الثاني) من الضرب الثالث الذي يكون المقصود فيه الثمرة	٦٣	(الضرب الأول) ما يقصد منه الورد وهو على نوعين (أحدهما) ما يخرج في ورق أخضر لا يشاهد منه شيء
٧٠	(والضرب الثالث) ما يخرج وعليه قشرتان كالجوز واللوز والرائح	٦٤	(قلت) وهذه الحكاية عن أبي حامد كان يغلب على ظني أنها وهم
٧٠	قال الشيخ أبو حامد : أما الذي لا اشكال فيه فالرمان والموز	٦٤	(قلت) لعل الشيخ أبا حامد اختلف كلامه في ذلك (النوع الثاني) من هذا الضرب ما يبرز بنفسه لا يحول دونه حائل
٧١		٦٤	وقال الروياني : ان البنفسج كالورد

الصفحة	الأحكام
	(أحدهما) ينظر فان بلغ
	الحد الذي جرت العادة
٨٢	بجذاه عليه فقد انتهى ملك
	البائع ما بعد تلك الجدة
	ويحتمل أن يقال : لا بد
٨٣	من شرط القطع
	(فرع) بنى الماوردي
	على الوجهين اللذين ذكرهما
٨٣	ما إذا كان الزرع بذرا
	(فرع) باع الأرض وفيها
٨٤	البقول المذكورة بعد جذها
	(فرع) إذا كان في الأرض
	أشجار خلاف يقطع من وجه
٨٥	الأرض
	(فرع) إذا قلنا بوجوب
	القطع فيها كان ظاهرا عند
٨٥	العقد
	(فرع) من البقول ما يبقى
٨٦	أصله سنين
	(فرع) ظهر لك مما تقدم
٨٧	أن الأقسام
	(فرع) الموز أصله
٨٧	لا يحمل إلا سنة واحدة
	ولم يترجح عندي هذا
٨٨	الاحتمال على الذي قبله
	فاذا علمت أن شجرة
٨٩	الموز لا يمكن قطعها من أصلها
	(فرع) هذه الأحكام التي
٩٠	تقدمت كلها فيما اطلق البيع
	وفي بيع الأرض طريقان
	من أصحابنا من قال : فيه
٩١	قولان لأنها في يد البائع
	(وقوله) أن المنع من
	بيع دار المعتدة بالاقراء ليس
٩٢	لما ذكر .. الخ
	(فان قلت) الحاق بيع
	الأرض المزروعة بالدار
٩٣	المشجونة بالامتعة غير متجه

الصفحة	الأحكام
	واعلم أن اللوز إذا كان
٧٢	أخضر صغيرا يؤكل في قشرته
	(والرابع) ما يكون في نور
	يتأثر عنه النور كالتفاح
٧٣	والكمثرى
	(أما الأحكام) فاذا باع
	أصل التفاح والكمثرى
	والسفرجل والأجاص والخوخ
٧٣	والشمش
	والذي ذكره من لفظ
٧٤	الشافعي في الصرف
	(تنبيه آخر) أكثر
	الأصحاب جعلوا المشمش
	والتفاح والخوخ من هذا
٧٦	القسم
	(فرع) قال القاضي
	الماوردي : أن الكرم
٧٦	توعان
	(فرع) إذا باع أصلا
٧٧	عليه ثمرة ظاهرة
	وإن باع أرضا وفيها نبات
٧٨	غير الشجر
	وأما المعنى والأحكام
٧٩	فالأضرب الثلاثة فيه مختلفة
	يتعين أن يقسم القسم
٧٩	الأول إلى قسمين
	(القسم الأول) الأصل
	الذي له ثمرة بعد ثمرة
٧٩	كالبنفسج والفرجس والبطيخ
	(القسم الثاني) وهو
	بعض القسم الأول في كلام
٨٠	المصنف
	فإن قلنا بأن الأصول
	لا تدخل في بيع الأرض فهي
٨١	باقية على ملك البائع
	زاد الماوردي فحكي
	وجهين في هل ينتظر به تناهي
٨٢	جذاه

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(فرع) يشترط في بيع الأرض المزروعة تقدم الرؤية على العقد	٩٣	(قلت) شرط الحاق مسألة بأخرى اشتراكهما في مناط الحكم
١٠٠	(فرع) إذا شرط دخول الزرع في البيع		(التفريع) بائع الأرض المزروعة إذا خلى بينها وبين المشتري فهل يحكم بصيرورتها في يده
١٠٠	(فرع) إذا اشترى أرضاً رآها قبل البيع ولم يرها حين البيع	٩٤	(تنبيه) من قال بصحة تسليمها مزروعة لا شك أنه يقول بصحة البيع
١٠٠	(تنبيه) مراد المصنف بالأرض المزروعة بزرع يحصد مرة واحدة	٩٥	(فرع) لو انتقل الزرع قبل المدة لحاجة أو جذة البائع قبل وقت حصاده
١٠١	(فائدة) قوله حتى يحصد يقال : أحصد الزرع أى بلغ أوان الحصاد	٩٥	(فرع) قال الرافعى : كل زرع لا يدخل في البيع لا يدخل
١٠١	— وان باع أرضاً فيها بذر لم يدخل البذر في البيع	٩٥	(فرع) عندنا لا يؤمر البائع بقطع الزرع الذى له في الحال
١٠١	إذا بطل البيع في البذر ففى بطلانه في الأرض طريقتان	٩٦	(فرع) لو كان المشتري جاهلاً بالزرع
١٠٢	(احدهما) أنه على قولى تفريق الصفقة (والطريقة الثانية)	٩٦	(فرع) في وجوب الأجرة على البائع في مدة بقاء الزرع في الأرض
١٠٣	القطع ببطلان بيع الأرض (قلت) ولابد فيه من ملاحظة التبعية	٩٦	(فان قلت) مقتضى ما فكرت أن يكون الصحيح عدم وجوب الأجرة
١٠٣	إذا باع أصلاً وعليه ثمرة للبائع لم يكلف قطع الثمرة الى أوان الجذاذ	٩٨	(قلت) أما الفزالى فان الأصح عنده أن جناية البائع كالأجنبى
١٠٤	(أما الأحكام) فقال الشافعى والأصحاب : إذا اشترى نخلاً وعليه ثمرة للبائع أو كرسفاً	٩٨	(تنبيه) ما حكىته في مأخذ وجوب الأجرة من أن المنافع متميزة عن المعقود عليه
١٠٤	وهكذا لو زرع المشتري فاستحقها الشافع لم يجبر المشتري	٩٩	(فرع) وهو الكلام الثانى أن الإمام جعل محل الخلاف في وجوب الأجرة في حالة الجهل
١٠٥	(فرع) قال الشافعى والأصحاب : فإذا حصد الزرع فان بقى له أصول لا تضر بالأرض	٩٩	(فرع) ما تقدم من وجوب الإبقاء
١٠٦		١٠٠	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(فرع) ظاهر كلام الأصحاب أنه يجب السقي بالماء الذي جرت العادة	١٠٦	(فرع) لو أصابت الثمار أمة وصارت بحيث لا تنمو
١١٤	أن يسقى منه تلك الأشجار	١٠٧	(فرع) لا يمنع البائع من الدخول في الحائط للسقي
	(فرع) أما الأرجح من هذه الأوجه صحح الرافعي	١٠٧	(فرع) ولا يستحق المشتري على البائع أجره
١١٤	قول الفسخ	١٠٧	الأرض في مدة اقامة الزرع
	لا يجوز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح من غير شرط	١٠٧	(فرع) لو باع النخلة وعليها ثمرة مؤبرة
١١٤	القطع	١٠٧	فإن أصاب النخل عطش وخاف أن تشرب الثمرة الماء
١١٥	وقد كثر الزهو في الحديث يقال : زها النخل يزهو	١٠٨	(الشرح) تقدم أن الثمرة إذا بقيت للبائع لا يكلف
	فهذه أحاديث من رواية خمس من الصحابة تنع من	١٠٨	قطعها إلى أو ان الجذاذ
١١٦	بيع الثمار قبل بدو الصلاح		(والأصح من القولين)
	وقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول بجملة	١٠٨	الثاني القائل بالاجبار
١١٧	هذا الحديث		(المسألة الثانية) إذا
	(أما الأحكام) فقد قسم الشافعي والأصحاب بيع	١٠٩	احتاج أحدهما إلى سقى ماله ولم يكن على الآخر ضرر جاز
١١٨	الثمرة إلى قسمين		له أن يسقيه
	(القسم الأول) أن يبيعهما		(المسألة الثالثة) إذا
	قبل بدو الصلاح وذلك على	١١١	احتاج أحدهما إلى السقى
١١٨	قسمين		وكان على الآخر ضرر
	(الأول) الأشجار للبائع	١١١	(الصورة الثانية) أن يضر
	أو لغير المتعاقدين وهذه		بالثمرة
١١٨	على ثلاثة أقسام	١١٢	أما النخل فينفعه السقى
	(الثاني) أن يبيعهما بشرط		أبدا
١١٨	القطع فالبيع صحيح بلا خلاف		(فائدة) قال الشيخ
	(فرع) إذا باع بشرط	١١٢	أبو حامد وغيره : قالوا :
١١٩	القطع وجب الوفاء به		هلا قلتم في هذه المسائل
	(فرع) قال في التتمة :	١١٢	(فرع) حيث جعلنا للبائع
	أنها يجوز البيع بشرط القطع		السقى قال الشافعي
١٢٠	إذا كان المقطوع منتفعا به	١١٢	والأصحاب
	(فرع) التسليم في ذلك		وأطلق الرافعي احتمال
	هل يكون بالتخلية كما هو	١١٣	الإمام
١٢٠	تسليم الثمار		(فرع) القولان اللذان
	(القسم الثالث) أن		أطلقهما المصنف هل مطلقهما
	يبيعهما مطلقا لا بشرط القطع	١١٣	فيما إذا كان السقى متعذرا
١٢٠	ولا التبقية		أو مطلقا

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	وكلام الشافعي في هذا		وأما اطلاق العقد وحمله
	الباب يدل على أن الحمل	١٢١	على الصفة مغير مسلم
١٢٨	ليس له قسط من الثمن		وأما القياس على ما بدا
	(فرع) هذا الحكم الذي	١٢١	صلاحها فلا يصح لوجهين
	ذكرناه من جواز بيع الثمرة		وأجاب أصحابنا أيضا
١٢٩	مع الأصول	١٢١	بوجهين
	(فرع) اطلاق المصنف		(أحدهما) أن تاويل
	جواز بيع الثمرة مع الشجرة	١٢١	الراوى مرجوع اليه
١٣٠	قبل بدو الصلاح		(والثاني) أن ظاهر رواية
	(القسم الثالث) إذا		زيد وقوله : انه حضر
	باع الثمرة وحدها من مالك	١٢٢	تقاضيه
١٣٠	الأشجار		(فرع) قد ذكرنا أن
	(فرع) على هذا الوجه		العقد المطلق محمول على
١٣١	لا يجب الوفاء بهذا الشرط	١٢٢	شرط التيقية
	وإن باع الثمرة من يملك		والرافعي نقل مسألة
١٣٢	الأصل	١٢٣	الحصر عن القفال
	والاقسام التي في الفهار		واعلم أن ههنا أموراً
١٣٣	عائدة بعينها في الزرع	١٢٣	أربعة يجب التمييز بينها
	(القسم الأول) أن يبيعها	١٢٣	(أحدها) العرف
١٣٣	مفردة عن الأرض		(والثاني) العادة
	واعلم أن الأصحاب اختلفوا		وينقسم كل منها إلى عام
	فما أعلم على اشتراط شرط	١٢٣	وخاص
١٣٣	القطع في هذا القسم		والمراد بالمعرف ما يكون
	أما الزرع الذي يعتاد	١٢٣	سببا لتبادر الذهن من لفظ
	ابقاؤه فمتى باعه بغير شرط		إلى معنى من اللفظ
١٣٤	القطع فسد		والمراد من العادة ما هو
	(القسم الثاني) أن	١٢٣	مالوف من الأفعال
١٣٥	لا يباع الزرع مع الأرض		(فرع) لو باع ثمرة لم يبد
	(تنبيه) اطلاق المصنف	١٢٥	صلاحها على شجرة مقلوعة
	جواز بيع الزرع والثمرة		إذا اشترها قبل بدو
١٣٥	مع الأرض	١٢٥	الصلاح بشرط التيقية
	(القسم الثالث) إذا		(فرع) إذا اشترى ذلك
	باع الزرع وحده من مالك	١٢٦	بشرط القطع
١٣٥	الأرض فهو كبيع الثمرة		(القسم الثاني) بحسب
	(فرع) قول المصنف		ما اقتضاه كلام المصنف إذا
	هنا : إذا باع الزرع من	١٢٦	بيعت الثمار مع الأشجار
١٣٥	يملك الأرض		يرد ذلك قول الشافعي
	(فرع) لو باع الزرع من		الذي قدمته قريبا بجواز بيع
	مالك الأرض بالأرض فأنه		الدار بطرقها وسيل مائها
١٣٦	يصح	١٢٨	وأفنيها

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(فرع) في رهن الثمرة وهبتها قبل بدو الصلاح		(فرع) قد تقدمت الأحاديث الواردة في المنع عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح
١٤٢	خلاف (فرع) قال أحمد بن بشر وهو القاضي أبو حامد : ولا بأس بشراء نصف الثمرة جزأيا	١٣٦	(فرع) لا فرق في الثمار بين ما يجذ كالبلح والبسر أو يقطف كالحصرم والعنب
١٤٢	(فرع) البطيخ له أحوال (الحالة الأولى) أن يبيعه مع الأرض	١٣٦	(فرع) الفجل المفروس في الأرض والسلجم والجزر والسلق إذا اشترى ورقه
١٤٢	(الحالة الثانية) أن يفرد أصول البطيخ بالبيع (الحالة الثالثة) أن يبيع البطيخ مع أصوله منفردا عن الأرض	١٣٦	(فرع) قال القاضي حسين : إذا باع أصل الكراث مع الكراث صح العقد
١٤٣	(الحالة الرابعة) أن يبيع البطيخ وحده دون أصوله	١٣٧	(فرع) قال ابن الحداد في المولدات باع نصف ثمرة على رؤوس النخل
١٤٣	وأن بدأ صلاحها جاز بيعها بشرط القسم الرابع من الأقسام المتقدمة وقسمه الأصحاب إلى ثلاثة أحوال	١٣٧	أما إذا جوزنا قسمة الثمرة في حال الرطوبة بناء على أنها أمراز
١٤٤	(الحالة الأولى) أن يبيعها بشرط القطع فهذا جائز أجماعا	١٣٨	واعلم أن ابن الحداد علل المنع في ذلك بامتناع القسمة وأما إذا قلنا : لا تصح القسمة فباع نصفها بشرط قطع الجميع
١٤٤	(الحالة الثانية) أن يبيعها بشرط القطع فهذا جائز أجماعا	١٣٩	ولم أر أحدا صرح بجواز بيعها غير القاضي
١٤٤	(الحالة الثالثة) أن يبيعها مطلقا فيجوز بلا خلاف للخبر	١٣٩	والمعجب من القاضي كيف صرح ببيع الزرع على قسمته
١٤٥	(الحالة الثالثة) أن يبيعها بشرط التقية (فرع) أطلق المصنف أنه إذا بدأ صلاحها جاز بيعها	١٤٠	(فرع) من هذا الجنس لو باع نصف الثمرة مع نصف النخل صح
١٤٥	(فرع) قال القاضي حسين : بيع الزرع وحده إن كان بذرا لم يصح (فرع) قصب السكر صلاحه في بقائه في قشره كالجوز في قشره الأسفل	١٤٠	ولو كانت الأرض لواحد والثمرة أو الزرع لآخرين
١٤٦		١٤١	وقال الخوارزمي في الكافي : لو كان الزرع لهما والأرض
		١٤١	(فرع) رأيت في الطارحات لابن القطان أنه إن باع نصف الزرع مشاعا

- ١٥٣ أكلها غير شامل لجميع أنواع بدو الصلاح (فرع) إذا باع أوراق
- ١٥٤ الفرصاد مع الأغصان (فرع) قال الشافعي والأصحاب : إذا بدا صلاح ما خرج من القثاء والبطيخ لم يجز (فرع) قال الشافعي : ولا يجوز أن يستثنى الثمرة بهذا وقسم الأصحاب الاستثناء في البيع إلى أربعة أقسام
- ١٥٥ (الأول) أن يكون الاستثناء معلوما (والقسم الثاني) أن يكون استثناء مجهولا والمبيع بعده مجهولا (والقسم الثالث) أن يكون الاستثناء مجهولا والمبيع بعده مجهولا (القسم الرابع) أن يكون الاستثناء مجهولا
- ١٥٥ (فرع) إذا باع ثمرة حائط بأربعة آلاف درهم إلا ما يخص ألفا منها (فرع) قال : اشتريت منك هذا الثوب بهذه الدراهم إلا خمسة (فرع) قال : اشتريت منك هذا الثوب بهذه الدراهم
- ١٥٦ (فرع) قال : بعتك ثمرة هذا النخل إلا المعقل (فرع) باع شاة واستثنى سواقطها (فرع) باع قطنا واستثنى حبه (فرع) بيع الثمرة وفيها قدر الزكاة

- (فرع) الكتان إذا بدا صلاحه قال ابن الرقعة : يظهر جواز بيعه (فرع) البقل إذا بيع مع الأصول (فرع) فإن باع الثمرة بعد بدو الصلاح مع الأصول (فرع) في مذاهب العلماء وبدو الصلاح في الثمار أن يطيب أكلها (أما الأحكام) فقد اختلف الناس في تفسير بدو الصلاح واعترض عليه ابن داود أما أن يكون الشافعي أراد أن يعطينا أنه يجب القثاء فلا مائدة في ذلك وأجاب الأصحاب بأن الشافعي قصد بهذا القول أن يفرق بين ما طعمه في الابتداء مخالف قال الماوردي وجملة الثمار على ثمانية أقسام (أحدها) ما يكون بدو الصلاح فيه باللون (القسم الثاني) ما بدو صلاحه بالطعم (القسم الثالث) ما بدو صلاحه بالنضج (الرابع) ما بدو صلاحه بالقوة والاشتداد (الخامس) ما بدو صلاحه بالطول والامتلاء (السادس) ما بدو صلاحه بانشقاق كبابه كالقطن والجوز (الثامن) ما بدو صلاحه بانفتاحه وانتشاره كالورد والنيلوفر وقول المصنف : وبدو الصلاح في الثمار أن يطيب

- ١٦٤ (الماشرة) ان يختلف البستان والصفقة
 (الحادية عشرة) ان
 ١٦٤ يختلف البستان والملك
 (الثانية عشرة) ان
 تختلف الصفقة والملك فيبيع
 ما لم يبد صلاحه اعتيادا
 ١٦٥ على بدو صلاحه
 (الثالثة عشرة) ان
 يتحدد النوع مع اختلاف
 ١٦٥ الثلاثة
 (الرابعة عشرة) ان
 يتحد البستان مع اختلاف
 ١٦٥ الثلاثة
 (الخامسة عشرة) ان
 يتحد الملك مع اختلاف الثلاثة
 ١٦٥ (فائدة) النظر في هذه
 المسائل كلها هل هو لسوء
 ١٦٥ المشاركة
 (فرع) اذا باع شيئا من
 ١٦٦ ثمرة البطيخ والقثاء والخيار
 (فرع) ولا يجوز في شيء
 من ذلك ان يبيع ما ظهر من
 ١٦٦ الثمرة
 (فرع) لا خلاف انه لا بد
 ١٦٧ من وجود الصلاح
 (فرع) اذا كان بستانان
 ١٦٧ فيهما زرع واحد فبدا الصلاح
 اذا ابتاع زرعاً او ثمرة
 ١٦٧ بعد بدو الصلاح
 اتفق الاصحاب على انه
 يجب على البائع التخلية الى
 ١٦٧ اوان الحصاد
 (قلت) وكذا الشاشي في
 الحلية حنئ النوجيين في
 ١٦٨ وجوب السقي على البائع
 (فرع) الى متى ينتهي
 للزمان الذي ينتهي فيه
 ١٦٩ السقي

- (فرع) الزرع الذي يخلف
 ١٥٧ كالقرظ
 (فرع) اذا اشترى الزرع
 ١٥٧ الذي لا يخلف
 فان وجد بدو الصلاح
 في بعض الجنس من حائط
 ١٥٨ جاز
 (الشرح) في هذه الجملة
 ١٥٨ ثلاث مسائل
 (احداها) قال الشافعي
 والاصحاب : اذا بدا في بعض
 ١٥٨ الثمرة جاز بيع جميعها
 واذا كان في الجنس
 ١٦٠ الواحد فلا وجه حينئذ
 (الصورة الثانية) ان
 يختلف البستان كما اذا بدا
 ١٦١ الصلاح في جنس
 (الصورة الثالثة) ان
 تختلف الصفقة مع اتحاد
 ١٦٢ البواقي
 (فرع) قال : بعثك هذا
 ١٦٣ بكذا وهذا بكذا
 (الصورة الرابعة) ان
 يختلف الملك مع اتحاد
 ١٦٣ الجنس والنوع والبستان
 (الصورة الخامسة) ان
 يختلف البستان والنوع مع
 ١٦٣ اتحاد البواقي
 (الصورة السادسة) ان
 يختلف البستان والنوع
 ١٦٣ والصفقة
 (الصورة السابعة) ان
 يختلف البستان وتعدد
 ١٦٤ الصفقة مع اتحاد البواقي
 (الثامنة) ان يختلف النوع
 ١٦٤ والصفقة
 (التاسعة) ان يختلف
 النوع والملك مع اتحاد
 ١٦٤ الصفقة

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(فرع) قد تقدم أنه على القول بعدم الانفساخ يقال للبائع أن سمحت بحقك أقر العقد	١٦٩	(فرع) لو شرط السقي على المشتري بطل البيع
١٧٥	(فائدة) قال الإمام : ولو اعترفا — والاختلاط بعد القبض — بالالتباس ورضيا (فرع) هذا الحكم في بيع الباذنجان في شجره إذا بلغ نهايته لم يحتاج إلى شرط القطع	١٦٩	(فرع) قال الشيخ أبو محمد في السلسلة (فرع) إذا اشترى ثمرة على رؤوس الشجر بعد بدو الصلاح
١٧٥	(فرع) فيه تنبيه على تنقيد كلام المصنف : لو اختلط الطعام المبيع بغيره قبل القبض	١٦٩	(فرع) قريب من هذا فيما إذا أصابت الثمار آفة (فرع) باع الجمد في الجمد وكان طوله وعرضه وعمقه معلوما
١٧٦	(فرع) قد تقدم أنه إذا كان اختلاط الطعام بعد القبض لا يفسخ العقد	١٧٠	وإذا اشترى ثمرة على الشجر فلم يأخذ حتى حدث ثمرة أخرى
١٧٦	(فرع) لو صدر الخلط من البائع أو المشتري عن قصد	١٧٠	(الشرح) هذا الفصل معقود لحكم اختلاط الثمار والحق به ما في معناه
١٧٧	(فرع) قال القاضي : إن القولين في الانفساخ (قلت) وفي مسألة اختلاط الثمار والحنطة وشبهها	١٧٠	واعلم أن ما ذكره في تعليل كل من القولين يقتضي أن التسليم لم يوجد
١٧٧	(فرع) قال القاضي : إن القولين في الانفساخ (قلت) وفي مسألة اختلاط الثمار والحنطة وشبهها	١٧٢	وقوله : وإن لم يسمح البائع فسخ العقد أي يفسخه الحاكم بينهما
١٧٧	(قلت) قوله : المذهب أنه يبطل البيع أراد الترجيح في الحيلة وما ذكره الروياني يوافق وجهها في الفلاس أن البائع لا يرجع في المبيع وإن اشترى شجرة عليها حمل البائع فلم يأخذ	١٧٣	(فرع) لو انشال على الحنطة المبعة بعد قبضها حنطة أخرى فالبيع صحيح (فرع) لو باع الحنطة منه مكاملة
١٧٨	(الشرح) في مسألتان هما من بقية المراتب (أحدهما) وهي المرتبة الثانية إذا اشترى شجرة أو أرضا فيها شجرة حاملة	١٧٣	(فائدة) إذا انتهى الأمر إلى الخصومة وقبول قول ذي اليد
١٧٩		١٧٤	(فرع) اليد في الثمار بعد التخلية وقبل القطاف للبائع
١٧٩		١٧٤	(فرع) قد تقدم حكاية الخلاف في الصحيح في هذه المسألة
١٧٩		١٧٥	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(فرع) باع شجرة البانجان أن بلغ نهايته ، فإن كان في الخريف	١٨٠	واختلف الأصحاب في ذلك على طريقين كما ذكره المصنف (أحدهما) طريقة ابن خيران وأبى على الطبرى في الإفصاح القطع بعدم الانفساخ
١٨٦	(فائدة) أن قلت ما وجه تأخير هذه المرتبة عن المرتبة الثانية	١٨٠	(الطريقة الثانية) وبها قال المزنى وأبو اسحاق المروزي أنها على القولين
١٨٦	(قلت) وسنذكر من كلام صاحب التتمة أنه إذا اشترى الزرع بشرط القطع	١٨٠	(قلت) المراد بأن المسألة غير قابلة للتأويل
١٨٧	(فائدة) هذه المسألة تنبهك على أن المشتري إذا اشترى جذة	١٨١	(والقول الثاني) أنه يفسد البيع
١٨٧	(فرع) الزروع التي تحصد مرة واحدة إذا اشترى بشرط القطع	١٨١	(فائدة) قال الشيخ أبو حامد : ولا أعرف شجرة تحمل حملين يتميز أحدهما عن الآخر
١٨٧	(فرع) إذا اشترى أصول البطيخ لا يجوز إلا بشرط القطع	١٨٢	(قلت) والآخر كذلك غير أنه لا يطرد في شجرة بعينها
١٨٨	(فرع) قال الشافعي : ولا يجوز بيع القصيل إلا على أن يقطع مكانه	١٨٢	(فرع) قال المتولى في هذه المسألة : أن عدم الانفساخ هو الصحيح
١٨٩	(فرع) في زيادات أبى عاصم المبادى إذا اشترى ورق الفرصاد مع أغصانه فتراخى القطع	١٨٣	(فرع) إذا قلنا ينفسخ العقد فلا تفريع
١٨٩	(فرع) ما لا يجوز بيعه إلا بشرط القطع كالرطبة والقصيل	١٨٣	(لمرع) كلام المصنف هنا مشير إلى أنه لا مزية في غرض ترك الحق
١٨٩	وإن كان له شجرة تحمل حملين فباع أحد الحملين ضبط في الاستقصاء حملين بفتح الحاء وقال : الحمل بالفتح ما كان في بطن أو على رأس شجرة	١٨٤	(فرع) أورد على الزام المشتري أو البائع قبول ما بذل له من الثمن
١٨٩	(فرع) وأما الزامهم بالعبد الأبق فالفرق أن الثمرة يمكن تسليمها بتسليم الجميع	١٨٤	(المسألة الثانية) وهى المرتبة الأخرى إذا اشترى رطبة فإن اشترى بشرط القطع
١٩٠	(قلت) وإيجاب القطع بدون شرطه بعيد	١٨٤	وأعلم أن هاتين الطريقتين على ما ذكره المصنف متفقتان
١٩١		١٨٥	وأعلم أن في مسألة الرطبة ومسألة اختلاط الثمار المبيعة
١٩٢		١٨٥	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	قال أبو عبيد : المصرة		(فرع) اذا اشتد
	الناقة أو البقرة أو الشاة		الشجرة المذكورة بعد
٢٠٠	التي قد صرى اللبن في	١٩٢	ظهور أحد الحملين وتأثيره
	ضرعها		باب بيع المصرة والرد
	استشهاد من كتابنا	١٩٤	بالعيب
٢٠٠	(خالد بن الوليد قيادة		الأحاديث الواردة في رد
	ودعوة)		المصرة ورد صاع من تمر
٢٠١	ويحتل أن أصل المصرة	١٩٥	أو طعام
	مصرة		وطريق ابن سيرين
	وإذا كان كذلك فليس في		وإبي صالح فيها ذكر الثلاث
	كلام الشافعي مخالفة لغيره		وهي مقتصرة على بيان
	الزيادة تبين ما كانت العرب	١٩٦	الحكم
	تفعله من ربط أخلاف الناقة		وأما حديث عمر فرواه
٢٠١	والشاة		أبو داود وابن ماجه قال
	قال ابن هشام : قول		الخطابي : وليس إسناده
٢٠٢	الشافعي حجة في اللغة	١٩٧	بذاك
	وقال أبو عبيد : الشافعي		وقد روى حديث المصرة
٢٠٢	ممن يؤخذ عنه اللغة		عن ابن عمر أيضا بما يوافق
	قال الريس : وكان	١٩٧	رواية أبي هريرة
	عبد الملك بن هشام بمصر		قال الشافعي : كثير
٢٠٢	كالاصمعي بالعراق		أبن عبد الله ركن من أركان
	وقال ثعلب : أن الشافعي	١٩٨	الكذب
	من بيت اللغة يجب أن يؤخذ		وقال ابن حبان له عن أبيه
٢٠٢	عنه	١٩٨	عن جده نسخة موضوعة
	(قلت) فاطلاق الشافعي		وروى البيهقي من حديث
٢٠٢	أخلاف الناقة والشاة		إسماعيل بن مسلم عن
	وقال أبو عبيد : إنما	١٩٨	عن الحسن عن أنس
	يقال في اللبن الاحلابة وإنما	١٩٨	إسماعيل بن مسلم متروك
٢٠٣	المشهور الحلاب		ورواه أبو بكر الاسماعيلي
	وإن كان مطلقا فالمراد		في مستخرجه على الصحيح
٢٠٣	به التمر		من حديث أبي خلف العمي
	وقدم المصنف التصرية	١٩٨	لكنه اختلف في وقفه ورمعه
٢٠٤	لأنها المنصوص عليها		ورواه البرقاني موقوفا
	وأما اقتصار المصنف في	١٩٩	على شرط البخاري
	الترجمة على المصرة والرد		(أما اللغة) فنسوله :
٢٠٤	بالعيب	١٩٩	لا تصروا
	وقال بعض شارحي		قال الشافعي : التصرية
	التنبيه : أن ذلك للرد على		أن تربط أخلاف الناقة والشاة
	الظاهريين الذين خصوا		وتترك من الحلب اليومين
٢٠٥	الحكم بالمنصوص عليه	٢٠٠	والثلاثة

- (وسادسها) اثبات
الخيار ثلاثا من غير شرط
٢٠٩ مخالف للاصول
(وسابعها) يلزم من
العمل بظاهره الجمع بين
٢٠٩ الثمن والمثلن للبائع
(وثامنها) أنه مخالف
٢٠٩ لقاعدة الربا في بعض الصور
(وتاسعها) أنه أثبت الرد
٢٠٩ من غير عيب ولا شرط
(وعاشرها) أن اللبن
كالحمل لا يأخذ قسما من
الثمن والا لجاز افراده بالمعقد
٢٠٩ كالثمن
(وأما المقام الثاني) وهو
أن ما كان من أخبار الأحاد
مخالفا لقياس الأصول
٢٠٩ المعلومة لم يجب العمل به
(العذر الثاني لكم) أن
هذا الحديث من أخبار
أبي هريرة وأنها يقبل من
أخباره ما فيه ذكر الجنة
والنار وأما في الأحكام فلا يقبل
٢٠٩ وتارة يقولون : أنه غير
فقيه والحديث مخالف للقياس
٢٠٩ ولا ثقة برواية غير الفقيه
(العذر الثالث) دعوى
النسخ في هذا الحديث أنه
يجوز أن يكون ذلك حيث
كانت العقوبة بالمال جائزة
٢٠٩ (العذر الرابع) أن هذا
حديث مضطرب
٢١٠ (العذر الخامس) في
مخالفتهم لظاهر الحديث
٢١٠ بتأويله واستعماله
والجواب في ذلك أما الأول
٢١٠ فبالظن في المقامين جميعا
فمن الناس من فرق بين
مخالفة الأصول وبين مخالفة
٢١٠ قياس الأصول

- لكن يعرض هنا بحثان
(أحدهما) أن هذا الخبر
الذي فيه (من اشترى
٢٠٥ مصراة)
وقد يقال : أن جانب
٢٠٦ الزيادة ورد من طرق صحيحة
(والبحث الثاني) إذا
ثبتت الروايتان عن كلام
٢٠٦ النبي ﷺ
أما من مفهوم الشرط (من
٢٠٦ اشترى)
وأما من مفهوم الصفة وكلا
المفهومين حجة عند كثير من
٢٠٦ العلماء
(والجواب) عن هذا أن
جانب المفهوم ههنا ضعيف
٢٠٦ بثبوت الحكم
وقول المصنف : ولم يعلم
٢٠٧ أنها مصراة شرط لابد منه
(قلت) وأن صحت هذه
الرواية عن مالك فينبغي أن
٢٠٨ يؤول قوله
واعتمد المخالفون في
الاعتذار عن الحديث أمورا
٢٠٨ ضعيفة ترجع الى طريقتين
أما كونه مخالفا لقياس
٢٠٨ الأصول المعلومة فمن وجوه
(أحدها) أنه أوجب غرم
٢٠٨ اللبن مع إمكانه
(وثانيها) أنه أوجب غرم
٢٠٨ قيمته مع وجود مثله
(وثالثها) أنه جعل القيمة
٢٠٨ تمرا وهي أنها تكون ذهبا
أو ورقا
(ورابعها) أنه جعلها
٢٠٨ مقسرة لا تزيد بزيادة اللبن
ولا تنقص
(وخامسها) أن اللبن أن
كان موجودا عند المعقد فقد
٢٠٩ ذهب جزء من المعقود عليه

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(وعن السادس) وهو أن خيار الثلاث من غير شرطه مخالف للاصول بأن الشيء إنما يكون مخالفا لغيره إذا كان مماثلا له	٢١٠	وخص الرد بخبر الواحد المخالف للاصول لا المخالف لتقياس الأصول
٢١٢	(وعن السابع) وهو لزوم الجمع بين البذل والمبذل من ثلاثة أوجه	٢١٠	ومنهم من لا يسلم أن مخالفة الأصول أيضا قاذحة (والصواب) العمل بها جميعا ويعتبر كل أصل بنفسه
٢١٢	(وعن الثامن) وهو مخالفته لقاعدة الربا أن الربا إنما يعتبر في العقود لا في الفسوخ ولا في ضمان المتلفات	٢١٠	مقارنة بين رد الحنفية أحاديث التصرية ورد حديث أطعمه الله وسقاه وقبوله لخبر زاذان في إبطال طهارة المصلى بالتحقة
٢١٢	(وعن التاسع) وهو إثبات الرد من غير عيب ولا شرط أن الخيار ثبت بالتدليس (وعن العاشر) وهو كون اللب غير مقابل بقسط من الثمن بالمبيع	٢١٠	وقبول الأحناف خبر أبي فزارة في جواز التوضيء بالنيذ
٢١٢	وأما الحمل فأنه غير مقدور على استخراجه من الأم	٢١١	(واعلم) أن الأصول المختلف في رد الخبر بها هي المستنبطة التي تكون في نفسها محتلة
٢١٢	(وأما العذر الثاني) وهو كونه من رواية أبي هريرة فلو لا ذكره في الكتب والاحتياج إلى الجواب لكنا نستحي من فكره ونجل أبا هريرة أن يتكلم بذلك على سبيل الحكاية	٢١١	(أما) غرم القيمة مع إمكان الرد
٢١٢	وقد دعا النبي ﷺ أن يحبه إلى كل مؤمن ومؤمنة وقد روى عبد الرزاق عن معمر بن راشد	٢١١	(وعن الثاني والثالث والرابع) وهو غرامة القيمة مع وجود المثل
٢١٤	ثم أن حديث المصراة قد روى من غير طريق أبي هريرة (وأما الاعتذار الثالث) وهو دعوى النسخ فذلك من أضعف الاعتذارات	٢١١	وقد وجد في مواضع منها الحر يضمن بمائة من الأبل
٢١٥		٢١١	ومنها الجنين يضمن بالفرة ويستوى فيه الذكر والأنثى ومنها المقدرات من جهة الشرع في الشجاج كالموضحة ومنها جزاء الصيد فليس من شرط الضمان أن يكون بالمثل أو القيمة من التقدين (وعن الخامس) وهو إيجاب الرد مع ما حدث في يد المشتري مع النقص من وجهين

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	وأصحها وأوفقهما		(وأما الاعتذار الرابع)
	للحديث ولنص الشافعي		بالاضطرار فان الالفاظ التي
٢٢١	قول أبي حامد		صحت كلها لا تناقض فيها
٢٢١	لكن ههنا تنبيهات :	٢١٥	بل الجمع بينها ممكن ظاهرا
	(احداها) ما يمكن أن		(وأما الاعتذار الخامس)
	يكون مستندا لأبي اسحاق		واستعمالهم للحديث على وجه
٢٢١	وابن أبي هريرة		الاضطرار فذلك لا يصح
	أما أبو اسحاق فيمكن أن	٢١٥	لأربعة أوجه
٢٢١	يكون مستنده الحديث		(وأما) القياس هل هو
	بل أن لم يكن في مسألة		معاصد للحديث فجماعة
٢٢٢	العيب أجماع	٢١٥	يدعون ذلك
	(التنبيه الثاني) أن		(فرع في علة هذا الخيار)
	الحديث باللفظ الذي أورده	٢١٦	وجهان
٢٢٢	المصنف		(أحدهما) التدليس
	(التنبيه الثالث) أن	٢١٦	المصادر من البائع
٢٢٣	الالفاظ الصحيحة		(والثاني) الضرر الحاصل
	(والجواب) عن هذا		للمشتري باخلاف ما وطن
	أن قوله (فهو بخير النظرين)	٢١٦	نفسه عليه
٢٢٣	محمول على الغالب		والمراد بتحفلها بنفسها أن
	(التنبيه الرابع) أن	٢١٧	يترك صاحبها جلبها أياما
	الأصحاب يعبرون عن الخلاف		(فرع) لا خلاف في أن
	في هذه المسألة بأن الخيار		فعل التصرية بهذا القصد
	هل هو خيار شرع أو خيار		حرام لما فيها من الفش
٢٢٣	عيب	٢١٨	والخدعة
	(التنبيه الخامس) انه		وأختلف أصحابنا في وقت
	تقدم عن الغزالي التردد في	٢١٩	الرد
٢٢٤	الحاق خيار التصرية		(الشرح) الذي قال
	(التنبيه السادس) انه		بتقدير الخيار ثلاثة أيام هو
	قد تقدم عن صاحب التهذيب	٢١٩	القاضي أبو حامد المروزي
	وغيره ثبوت الخيار فيما إذا		والخيار على هذا يكون
٢٢٤	تحفلت بنفسها	٢١٩	خيار تروية كخيار الشفعة
	(التنبيه السابع) أن		على قول وكخيار الشرط
	قول أبي اسحاق المذكور وقع		(والثاني) وهو أنه على
٢٢٥	في نظره ما ينبغي التثبت فيه	٢١٩	الفسور على أبي علي
	والثالث وهو قول		ابن أبي هريرة
	ابن أبي هريرة هو - والله		وأعلم أن بين الأوجه
٢٢٦	أعلم - قول أبي اسحاق	٢٢٠	الثلاثة اشتراكا وانفراقا
	أما إذا حصل العلم بقول		وتأويل ابن أبي هريرة
٢٢٦	البائع أو بينة	٢٢٠	للحديث على الاشتراط لا
			دليل عليه

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(الشرح) رواية		ولولا تصريح بالخلاف
	أبي هريرة وابن عمر تقدم	٢٢٧	لكنك أقول إن كلامهما واحد
٢٢٤	بينهما وأن الرواية إلى ابن عمر غير قوية		(التنبية الثامن) يقول المصنف : (ومنهم من قال : إذا علم بالتصيرية ثبت له الخيار على الفور)
	(أما الأحكام) فالمشترى للمصراة إما أن يختار إمساكها وإما أن يختار ردها	٢٢٧	(التنبية التاسع) إن اقتضى ابن أبي هريرة وأبي إسحاق على جواز الرد على الفور لا اشكال فيه
٢٢٤	(قلت) وهذا الوجه لم أقف عليه في النهاية ولمعله اشتبه بالوجه الذي سنذكره	٢٢٧	(التنبية العاشر) يقول المصنف : (إذا علم) يحتل أن يريد به حقيقة العلم باقرار البائع أو بالبيئة
٢٢٤	فإذا جمعت ما تناله الجوري وصاحب التتمة مع اقتضاء كلام الأكثرين	٢٢٨	واسلم أن الحكم بمقدم الرد بعد الثلاثة وثبوته إذا اشتراها عالما بالتصيرية
٢٣٥	(قلت) ولا يلزم ذلك وليست (لا) متعينة في الإخراج	٢٢٨	وأما إذا اشتراها وهو عالم بالتصيرية
٢٣٦	ويقتضي أن التمس ليس الواجب أصلا وأنه عند تلف اللبن الواجب رد مثله	٢٢٩	ومما يرشد إلى المعنى في ذلك ما ورد في الحديث (بيع المخفلات خلابة ولا تحل الخلابة)
٢٣٧	فإن اللبن الكائن في الضرع قبل الحلب يسير لا يتحول	٢٢٩	مأخذ اثبات الخيار أنه خيار شرع ثابت بالحديث (فرع) إذا قلنا بأن الخيار يمتد إلى ثلاثة أيام فهل ابتدؤها من حين العقد
٢٣٨	قال ابن الرغمة : والخبر على هذا محمول على ما اقتضاه ظاهره	٢٣٠	(فرع) أو اشترط خيار الثلاث للبائع في المصراة
٢٣٨	(والطريقة الثانية) أن نقول : الواجب التمر وهل يتمين ؟	٢٣١	(فرع) لو اشترط للمشتري وحده
٢٤٠	(فإن غلت) ما ذكرت أن الرافعي سكت عنه مما حكاه صاحب التهذيب	٢٣١	(فرع) إذا اشتراها وهي مصراة ولم يطم بها
٢٤٠	(قلت) ليس كذلك لأنه ليس غالب قوت البلد	٢٣٢	(قلت) وليس الأمر كذلك بل له وجه ظاهر
٢٤١	(فإن قلت) ما الصحيح من هذه الأوجه ؟	٢٣٣	فإن اختار رد المصراة رد بدل اللبن الذي أخذه
٢٤١	لكن قد يتوقف في هذا التصحيح لأمرين	٢٣٣	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(فرع) اتفق أصحابنا	٢٤٢	والأصح أن الاعتبار
	رحمهم الله وأكثر العلماء		بزيادة الاقليات
٢٤٩	على أنه لا يجب رد مثل اللبن		وبالجملة فيستند من لم
	القائل		يقبل من الأصحاب على
	وحديث ابن أبي عدي في	٢٤٢	كثرتهم يتعين التمر اختلاف
٢٤٩	سنده سليمان بن أرقم وهو		الرواية ومجيء القمح في
	ضعيف		بعض الروايات
	(فرع) في مذاهب العلماء		وأما الجواب عن اقتساق
	قال ابن أبي ليلى	٢٤٢	الأصحاب في زكاة الفطر
٢٥٠	وأبو يوسف : يرد معها قيمة		هذا الكلام في جنس
	اللبن		الواجب وأما مقداره ففيه
	وقال مالك في أحد قوليه :	٢٤٣	وجهان
	يؤدى أهل بلد صاعا من		(أصحهما) أن الواجب
٢٥٠	أغلب عيشتهم		صاع قل اللبن أو كثر وإن
	(الحالة الثانية) أن	٢٤٣	زادت قيمته عن قيمة الصاع
	يختار الرد قبل حلب اللبن		أو نقصت
	وهذا إنما يكون على غير		(والثاني) أن الواجب
٢٥٠	الوجه الذي نقله الشيخ		يتقدر بقدر اللبن لرواية
	أبو حامد		ابن عمر التي فيها (مثل أو
	(الحالة الثالثة) أن	٢٤٣	مثلى لبنها)
	يختار إمساكها قال الشافعي :		ولو كان الواجب يختلف
	إذا رضى بامساكها ثم وجد		باختلاف اللبن لفأوت النبي
٢٥٠	بها عيبا قديما غير التصرية		صلى الله عليه وسلم بين
	فله ردها بالعيب	٢٤٤	الأبل والغنم
	(قلت) وكلام الشافعي في		(فرع) هذا كله غيما إذا
	الرسالة في باب الاجتهاد		لم يرض البائع فأما إذا
٢٥١	يقتضى أن رد التمر في هذه	٢٤٥	تراضيا
	الصورة بالحديث لا بالقياس		(ثالث) وقد قال ابن المنذر
	(قلت) وما حكاه الإمام		في الاشراف : أنه لا يجوز أن
٢٥٢	عن الشيخ أبي على مفروض	٢٤٥	يدفع مكان التبر غيره
	في المصراة		(فرع) التمر الذي يجب
	(قلت) وهذا أميل الى	٢٤٦	رده هل يضمن نوع منه
٢٥٢	أنه لا يقابل بقسط من الثمن		(فرع) الصاع الذي يجب
	مع إنكاره له		رده بدل اللبن هل ينزل منزلة
	(قلت) وهذا الاحتمال	٢٤٨	العين الأخرى
٢٥٣	الذي قاله الجوزي هو		(فرع) يمكن أن يقال :
	التياس		إذا جعلنا التمر قائما مقام
٢٥٣	ولا يلزم الرضا بعيب	٢٤٨	اللبن على ما تقدم من البحث
	الرضا بجميع العيوب		

الصفحة	الأحكام
٢٦١	إذا عرف ذلك فقد نقل الرافعى عن الامام أنه يعتبر القيمة
٢٦١	(فرع) هو من تنمة الكلام في ذلك اشترى شاة بصاع تمر ثم أراد ردها بالتصرية فوجهان
٢٦٢	(أحدهما) وهو الأصح يردها ويرد معها صاعا ولا اعتبار بزيادة الثمن
٢٦٢	(والوجه الثانى) في هذا الفرع أنه يرد بقدر نقص التصرية
٢٦٢	(فرع) هذا الذى تقدم من اعتبار قيمة الحجاز أو المدينة
٢٦٢	(فرع) إذا أوجبنا رد الصاع التمر فيها إذا اشتراها بتمر وهو الأصح
٢٦٢	(فرع) عن البننفجى أنه يعتبر قيمة الرد كرجل أقرض رجلا صاعا من تمر بالحجاز ولقيه بخراسان
٢٦٤	(فرع) الذى يقول بإيجاب شئ من التمر فيما إذا اشترى شاة بصاع تمر وردها بالتصرية بمقتضى التوزيع
٢٦٤	(فائدة) قول المصنف : لأنه هو الأصل أى لأن التمر هو الأصل
٢٦٤	(فرع) رأيت في شرح التنبيه لابن يونس أنه إذا أراد قيمة الصاع
٢٦٤	(فرع) تقدم في جنس الواجب رده مع المصراة سبعة أوجه

الصفحة	الأحكام
٢٥٤	ولا وجه لمنع الترخيع على تفريق الصفقة
٢٥٤	(فرع) إذا قلنا بأنه لا يرد تخريجا على أنه لا تفريق الصفقة فله الأرض
٢٥٤	(فائدة) قال الجورى : إن قال قائل : إذا كان الصاع أنما يرده بدلا للبن التصرية الذى تضمنه العقد
٢٥٥	(فرع) إذا لم يعلم بالتصرية إلا بعد تلف الشاة تعين الأرض
٢٥٥	(فائدة) قول الفزالى المتقدم في حكم وصف آخر لا يوجب زواله عيب الباقي بخلاف العيب الحادث
٢٥٥	وإن كان قيمة الصاع بقيمة الشاة أو أكثر
٢٥٦	ومرض المسألة فيما إذا كانت قيمته قيمة الشاة أو أكثر من نصف قيمتها
٢٥٧	والوجهان في المسألة على هذا الوجه المخصوص مشهوران في طريقة العراقيين
٢٥٨	وقد يكون النقصان زائدا على نصف القيمة
٢٥٨	وقد يقول الثنصر لابى اسحاق : أن الأصل في المصراة ضمان اللبن المثالث ببدله على قياس المثلفات
٢٥٨	(والجواب) عن هذا أن الشرع لما أوجب في لبن الفقم ولبن الابل مع العلم بتفاوتهما تفاوتاً ظاهراً بدلا واحد
٢٥٩	(التفرع) أن قلنا بالأصح وجوب الصاع للاتباع فلا اشكال
٢٥٩	

- (الثامن) أن الأصحاب
أطبقوا على حكاية الوجهين
٢٦٩ كما حكاها المصنف
(التاسع) أن هذا كله
٢٦٩ في رده على جهة القهر
(فرع) قسم المرعشي
العيب الحادث عند المشتري
٢٧٠ إلى قسمين
(فرع) إذا اشترى ثاة
وجز صوفها ثم وجد بها
٢٧٠ عيبا
وان اشترى جارية مصراة
٢٧٠ ففيه أربعة أوجه
(احدها) أن يردها ويرد
معها صاعا لأنه يقصد لبنها
٢٧٠ (والثاني) أنه يردها لأن
لبنها يقصد لتربية الولد ولم
يسلم له ذلك
٢٧٠ (والثالث) لا يردها لأن
الجارية لا يقصد في العادة
٢٧٠ إلا عينها
(والرابع) لا يردها
٢٧٠ ويرجع بالأرض
(الشرح) الكلام في هذا
الفصل والفصل بعده يحتاج
إلى أصل وهو المنصوص
عليه في كلام الشافعي يتناول
٢٧١ جميع الحيوانات
(واعلم) أن قاعسة
مذهب الشافعي يدل على أن
ثبوت الخيار في المصراة جاز
٢٧١ على القياس
وكان ما سوى المنصوص
٢٧٢ عليه على قسمين
(قسم) التصرية موجودة
٢٧٢ فيه في غير الأبل والغنم
(وقسم) فيه معنى يشبه
التصرية وأما تصرية الجارية
الذي هو محل كلام المصنف
٢٧٢ هنا

- (فرع) فإن كان باع الثاة
المصراة بصاع من تمر فيجوز
فيها بمقتضى التركيب ثمانية
وعشرون وجها
٢٦٥ وان كان ما حطب من اللبن
بأقيا فأراد رده ففيه وجهان
٢٦٥ (الشرح) هذه الحالة
الرابعة من أحوال رد
المصراة
٢٦٦ وقد يقال : أنه لا يصار
إلى الإخبار في المسائل
المذكورة إلا للضرورة
٢٦٦ (والوجه الثاني) أنه
يجب على البائع قبوله ويجبر
٢٦٦ عليه
(الثاني) أنه إذا كان
النقص الذي يستقل به العيب
تغير مانع على الأظهر من
القولين في تلك المسائل
٢٦٧ (فالجواب) أن اللبن لم
يظهر فيه عيب قديم يقتضى
٢٦٧ رده بخلاف الثاة
(الثالث) أنا على القول
بالرد فيما نقصت قيمته
٢٦٧ كسره
(الرابع) أنا إذا قلنا
للمشتري رد رد اللبن فهل له
٢٦٨ أمساكه
(الخامس) أن القائل بأن
له ههنا أن يرد اللبن هل ذلك
٢٦٨ بطريق الفسخ
(السادس) أن رد اللبن
هل يكون حكمه حكم
٢٦٨ المصراة
(السابع) قول المصنف :
(ولأنه لو لم يجز الرد) إلى
آخره هو الدليل الثاني في
٢٦٨ كلامه

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٢٧٧	معه بدل اللبن (والثاني) أنه يردّها ولا	٢٧٤	وقد تقدم في باب الربا أن محمد بن عبد الرحمن الضرمي نقل عن الثاقفي أنه لو باع أمة ذات لبن بلبن أدمية جاز
٢٧٧	يردّ معها شيئاً (والثالث) أنه لا يردّها	٢٧٤	(فرع) حكم الخيل حكم الجارية
٢٧٧	ويأخذ الأرشى (والرابع) أنه لا يردّها	٢٧٤	(فرع) من جملة العلماء الثائلين بأن حكم التصرية لا ينحصر في الإبل والغنم البخاري رحمه الله
٢٧٧	ولا شيء له لأن الإمام جعل ذلك من صور الخلاف (فرع) قول المصنف :	٢٧٥	(فرع) حكى المصنف في التنبيه وجهين
٢٧٨	(لم يبدل اللبن إلا لتسلم له الأتان مع اللبن) (فرع) جزم المصنف في	٢٧٥	(أحدهما) أنه لا يرد
٢٧٨	التنبيه أنه يرد الأتان ولا يرد بدل اللبن	٢٧٥	(والثاني) أنه يرد ولا يرد
٢٧٨	إذا ابتاع شاة بشرط أن تطلب كل يوم خمسة أرطال	٢٧٥	بدل اللبن
٢٧٩	ففيه وجهان (الشرح) هذه المسألة جزم الرافعي فيها بعدم صحة	٢٧٥	وأن اشتري أتاناً مصراً فان أتاناً يقول الأصطخري أن لبنها طاهر ردها ورد
٢٧٩	البيع وقال في الروضة :	٢٧٥	معه بدل اللبن كالشاة
٢٧٩	يطلب البيع لأنه لا يتضبط	٢٧٦	(الشرح) الأتان الأنثى
٢٨٠	وقال الروياني : لا يصح	٢٧٦	من الحمر
٢٨٠	قولاً واحداً	٢٧٦	إذا عرف ذلك نفى حكم
٢٨٠	وأعلم أن ههنا ثلاث	٢٧٦	تصرية الأتان طرق
٢٨٠	مراتب	٢٧٦	(أحدها) ما ذكره
٢٨٠	(أحدها) يشترط مقدار	٢٧٦	المصنف أنه إذا قلنا تطهارة
٢٨٠	أو وصف في الحمل	٢٧٦	لبنها ردها ورد بدل اللبن
٢٨٠	(الثانية) اشتراط أصل	٢٧٦	(الطريقة الثانية) أنه
٢٨٠	الحمل واللبن	٢٧٦	هل يرد أو لا يرد ؟ في
٢٨٠	(الثالثة) اشتراط مقدار	٢٧٦	المسألة وجهان
٢٨١	من اللبن	٢٧٦	(والطريقة الثالثة) الجزم
٢٨١	(التقرير) إذا قلنا	٢٧٦	يردها وتحرّم رد بدل اللبن
٢٨١	بالصحة في ذلك فإختلف فله	٢٧٦	على الخلاف
٢٨١	الخيار	٢٧٦	(والطريقة الرابعة) اللبن
٢٨١	وأما مقدار المدة فيحتج	٢٧٦	بخصي فلا يقابل بشيء ولكن
٢٨١	أن يقال إذا جليها ثلاثة أيام	٢٧٦	لا يبعد إثبات الخيار
٢٨٢	واللبن على حاله	٢٧٦	فتخلص من هذه الطرق
٢٨٢	وإذا ابتاع جارية فقد	٢٧٧	أربعة أوجه
٢٨٢	جهد شعرها ثم بان أنها	٢٧٧	(أحدها) أنه يردّها ويرد
٢٨٢	سبطة		

الاحكام	الصفحة	الاحكام	الصفحة
(الشرح) الفصل يتضمن		(احكامها) أن في المسألة	
مسائل من التفسير	٢٨٢	رجعين كالوجهين فيما اذا	
ذكر المصنف من المرتبة		اشتراط أنها بسيطة الشعر	
الأولى امثلة	٢٨٣	نباتت جعدة	٢٨٦
منها اذا اشترى جارية		(والطريقة الثانية) أنه	
قد جعد شعرها ثم بان أنها		لا يثبت الخيار في التدليس	٢٨٦
بسيطة اتفق الأصحاب على		بالسيطرة وجها واحدا	
ثبوت الخيار قياسا على		قال ابن الرفعة : ولك	
المصراة	٢٨٣	أن تعجب من قول الامام أن	
الجعدة تدل على قوة		ما ذكره الصيدلاني تحكم	
الجسد والسيطرة تدل على		عجبا ظاهرا	٢٨٧
ضعفه وللمسألة شرطان	٢٨٣	(قلت) وهذا ضعيف	
(أحدهما) أن يكون		لامرين	٢٨٧
المشترى قد رأى الشعر		(أحدهما) أن الصيدلاني	
قلو لم يره ففي صحة العقد		انما علل انتفاء الخيار لضعف	
وجها	٢٨٣	الظن وقصور الفعل عن	
(أحدهما) أنه لا يصح	٢٨٣	القول	٢٨٧
(والثاني) الصحة	٢٨٣	(الثاني) أن القائلين من	
(الشرط الثاني) أن		الأصحاب بأن اثبات الخيار	
التجعيد يكون بحيث لا يتميز		في التصرية مأخذه اللاحق	
عن تجعيد الخلقة	٢٨٤	بالعيب	٢٨٧
(وشرط ثالث) فيه نزاع		والطريقة الصحيحة	
أن يكون ذلك تجعيد البائع	٢٨٤	جريان الوجهين	٢٨٨
(تنبيه) المراد بالتجعيد		(القسم الثاني من هذه	
ما يخرج الشعر عن السيطرة		المرتبة الثانية)	٢٨٩
المكروهة عند العرب	٢٨٤	والخلاف في هذا القسم	
(المسألة الثانية) اذا		وقصوره على الشرط والظن	
سود شعر الجارية ثم بان		المسند الى أمر غالب	٢٨٩
بياض شعرها	٢٨٥	والطريقة الصحيحة اجراء	
وكذلك اذا صبغ الحمار		القولين في اشتراط حمل	
حتى حسن لونه أو نفخ فيه		الجارية	٢٩٠
حتى صار كأنه ذابة سمينة	٢٨٥	(المرتبة الثالثة) التي لا	
(المرتبة الثانية) ما في		يثبت الخيار فيها قطعا	٢٩٠
ثبوت الخيار فيها خلاف وهو		فان قلنا بالصحة فوقت	
على قسمين	٢٨٦	الخيار هنا معرفة مقدار	
وقد يكون السبط أشهى		الصبرة	٢٩١
الى بعض الناس ففي المسألة		والجواب أن الاستدلال	
طريقتان	٢٨٦	بظاهر الصبرة	٢٩٢

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	ومن ملك عينا وعلم بها	٢٩٣	(فروع) إذا أسلم اليه
٢٩٨	عينا لم يجر أن يبيعها حتى		في جارية جمدة فسلم اليه
	يبين عيها		جمدة فلا خيار له
٢٩٩	(الشرح) حديث عقبة	٢٩٣	(فرع) غير المصراة إذا
	ابن عامر هذا رواه ابن ماجه		طلب لبنها ثم ردها بميب
	وأخرجه الحاكم	٢٩٣	(قال) : إذا رد أبرد
	وأما قوله : أنه على شرط		شيئا لأجل اللبن
٢٩٩	الشيخين ففيه نظر لأن في	٢٩٣	(قلت) : لا ، هكذا نقل
	رواته يحيى بن أيوب		الشيخ أبو حامد هذه
	الفسافي وشيخ شيخه	٢٩٣	المنظرة
	عبد الرحمن بن شماسه وهما		وقال الماوردي : أن له
٢٩٩	من أفراد مسلم	٢٩٤	الرد وعليه رد بدل اللبن
	وقد ذكر البخاري هذا		وإذا ضمت ما ذكره
٢٩٩	الحديث من كلام عقبة		الرازمي والماوردي الي
	واعلم أن في لفظ الحديث	٢٩٤	ما اختاره هو لاجتماع في
	في رواية كل من ابن ماجه	٢٩٥	المسألة خمس طرق
	والحاكم مخالفة يسيرة في		(أحدها) امتناع الرد
٢٩٩	اللفظ لما ذكره المصنف		(والثاني) الرد فلا يرد
	وثبت في شيء من	٢٩٥	بدل اللبن شيئا
٣٠٠	الروايتين التقيد بالعلم		(الطريق الثالث) أنه
	وحديث وائلة بن الأسقع		يردها ويرد معها صاعا من
٣٠٠	أخرجه الحاكم في المستدرک	٢٩٥	تمر
	وأما أبو سباع فشماسي		(الرابع) قول الماوردي :
	تأمي لم أعلم من حاله غير		أنه يرد بدل اللبن ولا يرد
٣٠١	ذلك	٢٩٥	الصاع
	ويحيى بن بكر مات سنة		(تنبيه) أعلم أن كل من
	خمس وثمانين ومائة وهو ابن	٢٩٦	قال بالرد ورد شيء بدل اللبن
	ثمان وتسعين يكتي		وأما قول صاحب التهذيب
٣٠٢	أبا الأسقع		أنه يردها وصاعا من تمر
	ومن فضائله أنه عندما	٢٩٦	مطلقا في القسمين ففيه بعد
	نزلت (إنما يريد الله ليذهب)		واعلم أن إطلاق النص
	الآية . قال : وأنا من أهله ؟		يقتضي أيضا مخالفة قول
٣٠١	فقال : وأنت من أهلي	٢٩٧	الأكثرين
	حديث المصدا بن خالد		(فرع) إذا كانت الشاة
	ذكره البخاري تعليقا بقوله :	٢٩٨	غير مصراة
٣٠٢	ويذكر عن المصدا بن خالد		(فرع) الكلام الى هنا في
	وقال قتادة : الفائلة :	٢٩٨	بيع المصراة
٣٠٢	الزنا والسرقة والابق		

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٣٠٨	فان قلت : قد تقدم أن البائع اذا لم يبين العيب حرام (المرتبة الأولى) وهي اعلاها ما كان منهيا عنه	٣٠٣	ومن صرح بن سعيد عن منه الحارث بن سويد النخعي وعن أبي الحمراء رضى الله عنه الحديث
٣٠٩	لمعنى فيه كبيع الملاصة (المرتبة الثانية) ما كان منهيا لا لمعنى فيه من حيث هو (المرتبة الثالثة) وهي ادناها ما لم يته عنه أصلا	٣٠٣	(اما الأحكام) فقد تضمن الفصل ثلاث مسائل
٣٠٩	لكن به يتحقق ما هو متهى عنه والظاهرية في المصراة ونحوها يجعلون ذلك خارجا بالنص	٣٠٤	وفي عبارة المصنف والأصحاب والفاظ الحديث تنبيه على أنه لا يكفى البائع ويجعل تحريم الكتمان خاصا بما اذا كان المشتري مسلما ويوافقه ما تقدم في الحديث (بيع المسلم المسلم)
٣٠٩	(فرع) نقل الكاوردى قبل باب : لا يبيع حاضر لباد عن ابن أبي هريرة في ثمن التديس حرام	٣٠٥	يجوز خطبة المسلم على خطبة الذي ويجوز السوم على السوم في مذهب ابن حنبل
٣١٠	(فرع) هذا كله في مسألة الكتاب اذا باع من غير شرط ولكنه كان عالما بالعيب	٣٠٥	وأما كتمان العيب ففيه قهر بين واخذ المال الذي بذله المشتري على ظن السلامة
٣١٠	فان لم يعلم بالعيب واشتره ثم علم بالعيب فهو بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد	٣٠٦	(المسألة الثانية) أنه أن علم غير المالك بالعيب أن يبين ذلك لمن يشتريه وللإطلاع على العيب ثلاثة أحوال
٣١١	(فرع) فلو كان المشتري قد علم به ولكن لم يعلم أنه عيب يوكس الثمن	٣٠٦	(أحدها) أن يعلم أن البائع أعلم المشتري بذلك فلا يجب عليه الإعلام
٣١١	(الحالة الثانية) اذا لم يعلم العيب وهي منظوق مسألة الكتاب	٣٠٧	(الحالة الثانية) أن يقن أو يتوهم أن البائع لم يعلمه فيجب عليه لإطلاق الحديث (فرع) قال الإمام الضابط
٣١١	وأما الإجماع فانه لا خلاف بين المسلمين في الرد بالعيب على الجملة	٣٠٧	فتبعا يحرم من ذلك أن من علم شيئا يثبت الخيار فأخفاه أو لم يوضح
٣١٢	وادمى القاضي أبو الطيب إجماع المسلمين على التسوية بين الفاش الخائن وغيره	٣٠٧	(المسألة الثالثة) أن باع ولم يبين العيب صح البيع مع المعصية
٣١٢	فان ابتاع شيئا ولا عيب فيه ثم حدث به عيب	٣٠٨	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	الكلام في الصيب الحادث		قسمه المصنف إلى ثلاثة
٣١٧	قسمه المبيع في يد المشتري	٣١٤	أنسام
	منه الخيار فيه طرق		(القسم الأول) الحادث
	(أحدهما) أوردهما	٣١٤	قبل القبض فمكروه حكم
	المشترى وأرتهما الأمام		المقارن للمقد
٣١٧	واقضى إيراد الرافعي		وأما من يقول من العاين
	أرجحها	٣١٥	بأن المبيع قبل القبض من
٣١٧	(والطريقة الثانية) القطع		ضمان المشتري
	بعد الانسحاب	٣١٥	وهو يقول أبو ثور بطلانها
	(الطريقة الثالثة) لا أنا	٣١٥	ومالك في البيع جازا
	إذا قلنا : المالك للبائع وحصل	٣١٥	ومذهب أبي حنيفة في تألف
٣١٧	امضاء البائع ضمنه المشتري		البيع قبل القبض كذهبا
	بالقبضة		كون الجيب الحادث قبل
	(الطريقة الرابعة) طريقة		القبض كالصيب المقارن للمقد
	المشترى أن كان التلف في	٣١٥	هي الشبهة
٣١٧	خيار المجلس انفسخ على		وفراء ذلك إردان قريبان
	الأقوال كلها	٣١٥	(أحدهما) أن الشافعي
	(الطريقة الخامسة) ما دل		قال في الزمن الكبير : ولو
	عليه كلام أبي الطيب أنه إن	٣١٥	بعض الصدد المضمون ولم يتفق
٣١٧	كان الخيار لهما أو للبائع		البائع والمشتري حتم جبر
	بجده انفسخ قولاً واحداً	٣١٥	ولو حتم ثم بيع فمفسلم
	وتد رأيت أنا في الجزء	٣١٥	المشتري قبل التفرق
	الخامس عشر أيضاً أنه إذا		أو أو بيع وتفرق المتبايعان
	باع العبد بالخيار ثلاثاً أو أقل	٣١٥	أو آخر أحدهما صاحبه بعد
	وقبضه فمات في يد المشتري		اليوم فاختار امضاء البيع
٣١٨	فهي ضمان لقبضته		قال ابن الرنومة : وهذا
	فحيث تقول بالانفساخ	٣١٥	إذا لم يحصل على ما بعد
	أما على أن المالك للبائع		القبض
٣١٩	أو مطلقاً		(الأمر الثاني) في مختم
	(فرع) لا فرق بين يد		أمر بمختم أو بغيره إذا كان
٣١٩	المشتري ويد نائبه ولو كانت	٣١٦	الدائم الذي حتم ماله في
	يد نائبه كما لو قبض المبيع		النفس فالعزم مقتضى
	(فرع) هذا الذي تقدم		(فرع) إذا وجد الجيب
	من أن العيب الحادث بعد	٣١٦	قبل القبض ولكن بسبب مختم
٣١٩	القبض الذي لا يستند إلى		رضي به المشتري
	سبب قبله		(القسم الثاني) إذا حدث
	أما قضي بمهده الثلاث		العيب بعد القبض ولم يستند
	لأجل حتم البيع فانها لا تظهر	٣١٦	إلى سبب قبل القبض فانسه
٣٢٠	في أقل من ثلاثة أيام		لا يثبت به الرد

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	ثم أعلم أن ما قاله هؤلاء مقتضى يقتضي أن الرضا بالعيب لا يبطل أثره بالكلية		الحسن لم يسمع من عقبة شيئا ولا يسمع من سمرة إلا حديث العقبة عند أكثر الحفاظ
٣٢٦	(فان قلت :) جعله من ضمائم البائع يوجب مساواته لما وجد قبل القبض	٣٢١	(قلت) وقد حفظت من طريق ابن أبي شيبة وفيه عنونة تنادة عن الحسن وهو مداس
٣٢٦	(قلت :) لو جعلنا ما بعد القبض كباقي قبض القبض في ذلك لوجب أن يبطل العقد بما قبل بعد القبض	٣٢١	وذكروا أن عمرو بن دينار سئلا عن المودة فقالا : لا نجد أمثلا من حديث حبان ابن بقد
٣٢٦	(فرع) زوال البكرة في المسألة المذكورة لا شك في أنه عيب	٣٢٢	كان حبان يخدع في البيع فجعل له النبي ﷺ ثلاثا
٣٢٧	(فرع) إذا اشترى جارية حائلا وضم وحملها ثم وضعت فريده وتقصت بسبب الوضم	٣٢٢	قال الشافعي : والخبر في حبان خاص وما ذكره عن علي لا ينافيه
٣٢٧	(تنبيه) جزم المصنف بالجدة بين طمس اليد بالجدة وما القصاص	٣٢٢	(القسم الثالث) العيب الحادث بعد القبض إذا أسند إلى ما قبل القبض كما قلنا به المصنف
٣٢٨	(تنبيه آخر) نظير إلى جانب الخلاف في هذه المسألة ما قرأنا فينا إذا عاقب في حال الصحة بمئة	٣٢٣	وفي قول المشتري بالسرقة حتو قطعت يد العبد وجهان (أحدهما) أن له أن يرد ويسترجع جميع الثمن
٣٢٨	(تنبيه آخر) كثير من الاصحاب منهم القاض أبو الطيب والقاض حسن والرافعي ذكروا مسألة القطع	٣٢٣	(والثاني) أنه من ضمان المشتري وليس له الرد ولكن يرجع على البائع بالأش
٣٢٨	(فرع) إذا رضى بالقطع واطلع ظهر عيب آخر فله الرد	٣٢٣	(فرع) عن أبي خفيصة أنه إذا قطع في يد المشتري يرجع بنصف الثمن
٣٢٩	(فرع) إذا كان عليه حد بالبطاط فاستوفى بعد القبض (فرع) عبد عليل به أثر الصفير فاشتراه فزاد رضه فليس له الرد لأنه غرر	٣٢٤	وأن جعلناه من ضمان المشتري فلا رد له
٣٢٩	بنفسه وما غرز به البائع	٣٢٤	وأن تغذر ردها بسبب من الاصحاب على قولنا : أنه من ضمان البائع
٣٢٩		٣٢٥	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	قال البغوي		(فرع) اذا وجدت ازالة
	وأبن أبي عسرون : انه في		البكارة من الزوج أو قطع
٣٣٥	الليل لا يلزمه تعجيل	٣٢٩	اليد قبل القبض
	الفسخ		(فرع) عن أبي حنيفة
٣٣٦	(فرع) وأما الذي لا يكون	٣٣٠	انه اذا قطع في يد المشتري
	عذرا فكثير		اذا وجد المشتري بالمبيع
	(فرع) لو اطلع على عيب		عيبا لم يخل اما أن يكون
٣٣٦	قبل القبض تلزمه المبادرة	٣٣٠	المبيع باقيا
	على الفور		(الشرح) للمبيع المصيب
	(فرع) فيه تحقيق الكلام	٣٣٠	خسة أحوال
٣٣٦	في الفور وكيفية الرد وحال		(اما الأحكام) فاذا كان
	العيب		المبيع الذي ظهر به العيب
	وقال الفزالي في التبسيط :		باقيا بحاله فقد تقدم أنه
٣٣٧	ان نهض الى البائع كما اطلع	٣٣١	يخير بين امساكه ورده
	لم يكن مقصرا		ومن يعد أقوال أبي ثور
	معلوم أن الغائب عن البلد		وجوها يلزمه أن يجعل هذا
٣٣٨	لا يمكن اشهاد	٣٣١	وجه من المذهب
	وأن كان غائبا عن البلد	٣٣١	للرد على الفور دليلان
٣٣٨	دفع الأمر الى مجلس الحكم		(الاول) أن الأصل في
	أن الإمام ذكر في الشفعة		المبيع اللزوم
٣٣٩	أن الشفيع لو أبتدر مجلس	٣٣١	(الثاني) ما ذكره المصنف
	الحكم فهو مطالبة المشتري		رحمه الله من أن القياس على
	(قلت) والصحيح كما	٣٣١	خيار الشفعة
	تقدم عن الراعي انه يلزمه		بعد أن كتبت هذا رأيت
٣٤٠	الاشهاد على نفس الرد		هذا المعنى بعينه لأبي محمد
	قلت : ما حكى الهروي عن		عبد الله بن يحيى الصنعبي
	الشيخ أبي حاتم أن الرفيع	٣٣٢	في كلامه
	الى القاضي والطلب منه		وقد خطر في الجواب عن
٣٤١	حضر المشتري		ذلك والاعتذار عن المصنف
	قلت : وملخص ذلك انه	٣٣٣	قلت : فعمل المصنف اطلع
	أن حضر البائع مجلس		على هذا النص القائل بأن
٣٤٢	الإطلاع رد جزما	٣٣٣	الشفعة لا تبطل بالعمو
	(الثانية) أن يحقر		(فرع) اذا ادعى البائع
	البائع مجلس الإطلاع		أن المشتري أخر الرد بمد
٣٤٢	فلا يتمد في التأخير لا مكان	٣٣٤	العلم
	الاثبات بهم		(فرع) أطلق المصنف أن
	(الثالثة) حضور الشهود		التأخير من غير عذر يسقط
٣٤٢	مجلس الإطلاع فلا يتمد	٣٣٤	الخيار
	في التأخير		

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٣٤٦	إذا كان غائبا من البلد يرفع الأمر إلى مجلس الحكم (قلت :) والجزم بذلك هو الظاهر	٣٤٢	وإين الرابعة ؟
٣٤٦	(فرع) تقدم من كلام الرافعي أنه مخير بين البائع والحاكم	٣٤٣	(الخامسة) أن يكون الموجود في البلد واحدا منهما
٣٤٧	(فرع) وروى ابن سيرين قال : ابتاع عبد الرحمن ابن عوف جارية فقبل له : أن لها زوجا	٣٤٣	(السادسة) إذا لم يكن واحد منهما في البلد تعين الإشهاد
٣٤٧	(فرع) محل الذي تقدم من وجوب الفور في شراء الأعيان	٣٤٣	(السابعة) إذا كان الشهود في البلد وتيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم
٣٤٨	فإن كان المبيع دابة فساقها ليردها فركبها في الطريق	٣٤٣	(الثامنة) إذا كان الشهود في البلد ولا تيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم
٣٤٨	(الشرح) الانتفاع بالمبيع قبل العلم بالعيب أن لزم منه تأخير أو دفع في زمن لو سكت فيه أبطل خياره	٣٤٣	(العاشرة) إذا لم يكن في البلد شيء من الثلاثة فهل يجب أن يتلفظ بالفسخ ؟
٣٤٩	واختلفوا فيما إذا كان يسيرا جرت العادة بمثله في غير ملكه	٣٤٣	(فرع) إذا رفع الأمر إلى الحاكم عند غيبة الخصم فكيف يدعى ؟
٣٥٠	ولو ركب دابة فاطلع على عيبها لم يجز استدامة الركوب	٣٤٤	(فرع) فاما إذا رفع إلى القاضي في حال حضور الخصم
٣٥٠	قال الرافعي : ويمذر بترك العذار واللجام ونقل عن صاحب التتمة	٣٤٤	(فرع) الخصم الذي يرد عليه على وجه التعيين أو التخير بينه وبين الحاكم
٣٥٠	جواز الاستخدام ورد عليه وبالجمله فالمعول عليه في ذلك كما قاله الامام	٣٤٥	ولو فرض الرد بالعيب على الوكيل فهل للوكيل بيعه ثانيا
٣٥١	والغزالي المرف		وأما قول ابن الرفعة :
٣٥١	وأما مسألة الحلب فكذاك جزموا بها	٣٤٥	على كل حال له الرد على الموكل يومهم أن ذلك بلا خلاف
٣٥١	(فرع) إذا كان في رد المبيع مؤنة فالمؤنة على المشتري	٣٤٦	(فرع) الإشهاد الواجب أطلقه الرافعي وغيره
			(فرع) تقدم أن الخصم

- (الخامس) قال أبو علي
البنارقي في هذا : أنا تصدنا
بالوطء الفسخ ولا يجب عليه
المهر ٣٥٧
- فإن زال العيب قبل الرد
ففيه وجهان بناء على
القولين في الأمة ٣٥٨
- (الشرح) الوجهان
مشهوران حكاهما جماعة من
الأصحاب ٣٥٨
- وقال الرد سقط حقه من
الرد وهما طريقان ٣٥٨
- (أحدهما) حكاهما
الوجهين بناء على القولين ٣٥٨
- (والثانية) القطع بسقوط
الخيار ٣٥٨
- والأصح في المسائل
الثلاث السقوط : ومثاله
الصفحة وشمار الأمة من واد
آخر ٣٥٩
- (فرع) اشترى جارية
سبينة فهزلت قبل القبض ثم
سكنت فردها ٣٥٩
- (فرع) لو زال العيب
القديم قبل العلم به ولكن
حدث عيب متع من الرد ٣٥٩
- وان قال البائع : أنا أزيل
العيب مثل أن يبيع أرضا فيها
حجارة مدفونة ٣٦٠
- وبعد أن كتبت ذلك رأيت
ابن معين أوردته على المصنف
وزعم أنه فافض ٣٦١
- وان قال البائع : امسك
الجبيع وأنا أحضرك أرض
العيب ثم يجبر المشتري على
قبوله ٣٦٢
- فإن تراخى على دفع
الأرض لاستطاع الخيار ففيه
وجهان ٣٦٢

- (بها) إذا فسخ البيع
بالمبيع أو بخيار الشرط
أو بالتلاصق بمؤنة الرد على
المشتري ٣٥٣
- (فرع) اشترى عبدا فوجد
به عيبا فأنصده وقال : طفت
زوال عيبه به بمثل حقه
من الرد ٣٥٣
- وله أن يرد بغيره بناء
على البائع في غيابه وفي حضوره
ولا يقتصر إليه ٣٥٤
- واعلم أن قول المصنف :
سقط إليه طاهر فيما يتعلق
القبض ٣٥٥
- فإن اشترى ثوبا بشارية
فوجد بالشوب عيبا فوطئ
الجارية ففيه وجهان ٣٥٥
- (أحدهما) نعم كالقول في
زمان الخيار فإنه إذا صدر
من البائع والخيار له أولهما
كان فسحا على الصحيح ٣٥٦
- (والوجه الثاني) لا
ينفسخ بالوطء ٣٥٦
- وهنا أمور ٣٥٦
- (أحدها) أن هذا إنما
يحتاج إليه إذا قلنا بالملك في
زمن الخيار ٣٥٦
- (الثاني) ما الأصح من
هذين الوجهين فاعلم أن
الشافعي رحمه الله المال بأن
الأشبه أن من كان الخيار له
بالمالك له ٣٥٦
- (الثالث) قول المصنف
الملك قد استقر للمشتري ٣٥٧
- (الرابع) أن الوطء حرام
على المذهب وإن قلنا بحصول
به الفسخ ٣٥٧

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٣٦٩	وان يجوزنا تفريق الصفقة لأجل الشرر وتولا بالجواز والاشكال طريقة الماوردي	٣٦٢	(أحدهما) يجوز لأن خيار الرد يجوز أن يسقطها قال القاضي حنين : وقال أبو إسحاق : ثلاث مسائل أخالف فيها أصحابي حد القذف وحق الشفعة ومقاعد الأسواق
٣٧٠	فانه قطع بالجواز اذا رضى (فرع) قال أبو حنيفة بالجواز فيما بعد القبض	٣٦٣	(التفريق) وهو مذكور في الكتاب أن قلنا بالصحيح وهو أنه لا يجوز فتراضيا على ذلك
٣٧١	(قلت) وهذا ليس بصريح لأن نفس الشافعي تقدم في المكيل والموزون	٣٦٤	(مائدة) الأرض في اللغة أصله الهرش أبدلت الهاء وأرشد الجراحة ديتها
٣٧٢	والمراد بالتلف أما حسا وأما شرعا	٣٦٤	(فرع) لنا صورة يرضى المشتري فيها بالعيب وان أراد أن يرد بعضه لم يجوز لأن على البائع ضررا في تبعيض الصفقة عليه
٣٧٣	والوجه الثاني أنه يضم قيمة التلف الى الباقي	٣٦٤	(الشرح) هذه ثلاث مسائل
٣٧٤	ولم أر ذلك في تعليقه القاضي أبي الطيب	٣٦٥	فان قلنا بجواز الرد فذاك ويسترجع قسطه من الثمن وكلام المصنف يقتضى أنه
٣٧٤	قال الربيع : وله قول آخر إذا اشترى شيئين في صفقة واحدة	٣٦٥	إذا رضى البائع جاز أما المثلى فالخطة ونحوها (فرع) لو مات المشتري في هذه الصورة وخلف وارثين
٣٧٥	فهذا الكلام في مختصر البويطى قولين	٣٦٦	فول لأحدهما رد نصيبه ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) ليس له الانفراد لاتحاد الصفقة
٣٧٥	(أحدهما) يضم قيمة التلف الى الباقي ويردهما	٣٦٧	(والثاني) يجوز أن يفرد برد نصيبه لأنه جمع ماله (والثالث) أن البائع مخير
٣٧٥	(والثاني) يمنع الرد ويرجع بالأرض وهما هذان القولان	٣٦٧	بين أن يأخذ نصف البيع ويعطى الثمن (المسألة الثانية) إذا اشترى شيئين من رجل واحد
٣٧٥	وقد تأملت نفسه في اختلاف العراقيين فلم أجده صريحا في الرد واسترجاع القسط	٣٦٨	صفقة واحدة ولها صور
٣٧٥	(قلت) وهذا هو معنى ما في البويطى وليس فيه زيادة عليه	٣٦٨	
٣٧٦	وأردى ابن الرقعة فيما حكى عن اختلاف العراقيين نظرا من وجهين		
٣٧٦	(أحدهما) أنا نفرع على منع التفريق فالتص مخرج بالتفريق		
٣٧٦	(والوجه الثاني) من اعتراض ابن الرقعة على		

- وقال القاضي حسين :
الأولى أن يفرض الكلام فيما
أو مات أحد المشتريين والبائع
وارثه ٣٨١
- والمعتمد من الجواب أن
الصفقة وإن كانت واحدة
لكن لا يجوز لأحدهما أن يرد
التبريع على هذين القولين
أن جوزنا الإنفراد فانتفرد
أحدهما فبطلت الشركة بينهما ٣٨٢
- وإن منعنا الإنفراد فذاك
فيها ينقص بالتبعض أما
ما لا ينقص كالحبوب ففيه
وجهان مبنيان على أن المانع
ضرر ٣٨٣
- (قلت :) أما البناء على
أن القسمة افراز أو بيع
فممتجة متعين ٣٨٤
- (منها) إذا تعدد البائع
كما لو اشترى واحدا عينا من
رجلين فله رد نصف المبيع
على أحد البائعين ٣٨٥
- (ومنها) إذا تعدد
المقادير بأن اشترى رجل
عينا من رجلين ٣٨٥
- (ومنها) إذا تعدد المقود
عليه والمقادير معا بأن
اشترى رجلان عبدين من
رجلين فلكل واحد منهما رد
الربيع من العبدين ٣٨٥
- (ومنها) إذا كان أحد
العبدين لهذا والآخر لذاك
وجمعا بينهما في الصفقة
وجوزنا ٣٨٦
- (ومنها) إذا اشترى عبدين
من واحد فحكمهما ظاهر فيما
تقدم أن لهما رد العبدين ٣٨٦
- (فرع) جملة المسائل
المذكورة ترجع إلى ثمانية
أقسام ٣٨٦

- أبى الطيب أن يختلف
العراقيين قيل : أنه من القديم
(فرع) إذا ظهر العيب
بالتالف فقط لم يرد الباقي
قطعا ويرجع بأرش التالف ٣٧٧
- (فرع) لو ظهر العيب
بأحدهما أو بهما بعد بيع
أحدهما فنقد جمع الرافعي
بين ذلك وبين ما إذا كان
أحدهما تالفا ٣٧٧
- (فرع) استثنى صاحب
التلخيص من وجوب الأرش
على القول بمنع الأفراد
مسألة واحدة ٣٧٨
- (قلت) لعل مراده أن
كان المبيع صحيحا من عيب
حادث ٣٧٨
- (فرع) بما ذكرناه يتبين
أن الخلاف في الجميع ٣٧٨
- (فرع) حكم نقص أحدهما
حكم تلفه وعقته وبيعه ٣٧٨
- (فائدة) أكثر الأصحاب
يطلقون توزيع الثمن على
العبدتين باعتبار قيمتهما ٣٧٨
- (منها) في الشفعة حيث
يأخذ الشخص بقسطه ٣٧٩
- (ومنها) في المراجعة إذا
وزع الثمن فيجبر بما يخصه
من الثمن ٣٧٩
- (ومنها) في تفريق الصفقة
في الدوام إذا تلف أحد
المتبعين قبل القبض ٣٧٩
- (فرع) لا خلاف أنه لو
ظهر العيب بالتالف وحده
فليس له الرد ٣٧٩
- (المسألة الثالثة من مسائل
الكتاب) إذا اشترى اثنان
من واحد عينا ٣٨٠
- (والقول الثاني) ويحكى
من رواية أبى ثور عن القديم ٣٨٠

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(فرع) لو اشترى شيئا	٣٨٧	واحدًا في صفتين نصفه
٣٨٩	لرجل شيئا فخرج معييا فليس لأحد الوكيلين أفراد نصيبه بالرد	٣٨٧	(فرع) هذا كله إذا تولى كل واحد منهما العقد بنفسه أو كان عن كل واحد وكيل واحد
٣٨٩	(ومنها) لو وكل رجلان ببيع عبد لهما أو وكل أحد الشريكين صاحبه فباع الكل ثم خرج معييا هل الأصح لا يجوز للمشتري رد نصيب أحدهما ؟	٣٨٧	والثاني الاعتبار بالمعقود له
٣٩٠	(ومنها) لو وكل رجلين في بيع عبده فباعه لرجل	٣٨٧	(فرع) هذا كله إذا تولى كل واحد منهما العقد بنفسه وهل الاعتبار في تعدد العقد واتحاده بالعائد أو المعقود له
٣٩٠	(ومنها) لو وكل رجلان رجلا في شراء عبد أو وكل رجلا في شراء عبد له ولنفسه (فرع) نقل ابن الرفعة هذا الفرع المتقدم لو كان المشتري واحدا لنفسه ولموكله	٣٨٧	(أصحابها) عند الأكثرين الاعتبار بالعائد
٣٩٠	(قلت) : وذلك مخالف لما ذكر أنه لا يصح هنا	٣٨٧	(والثاني) الاعتبار بالمعقود له وهو الموكل
٣٩١	(ومنها) لو وكل رجلان رجلا في بيع عبد (ومنها) ولم يذكره الرافعي : لو وكل الواحد رجلين في الشراء دون البيع (فرع) إذا صدر العقد بالوكالة فذلك على ستة عشر قسما	٣٨٧	(والثالث) الاعتبار في طرف البيع بالمعقود له وفي الشراء بالعائد
٣٩٢	(فرع) فأما إذا جرى العقد بوكالة من أحد الطرفين فقط فسقة عشر مسألة	٣٨٧	(والرابع) قال في التتمة : الاعتبار في جانب الشراء بالموكل وفي البيع بهما جميعا
٣٩٢	(فرع) هذا كله إذا جرى العقد بصيغة واحدة فلو جرى بصيغتين فلكل منهما حكمها	٣٨٧	(والخامس) إذا كان الوكيل من جهة المشتري فالعبرة بالموكل وإن كان من جهة البائع فالعبرة بالعائد
٣٩٣	(فرع) فان مات من له الخيار انتقل إلى وارثه لأنه حق لازم يختص بالمبيع	٣٨٨	وقال القفال : إن كان البائع يعلم أنه وكيل رجلين فلا حدهما أن يرد نصيبه
٣٩٣		٣٨٨	قال الشافعي : إن كان البائع يعلم بأنه مشتريه لنفسه ولشريكه وأن الرهن مشترك بينهما فلا خيار له
		٣٨٩	(فروع) على هذا الأصل :

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٣٩٨	وان كانت زيادة منفصلة كالكسب العبد فله ان يرد ويمسك الكسب	٣٩٣	(قاعدة) الحقوق في المهذب (منها) ما يورث قطعا (ومنها) ما لا يورث قطعا (ومنها) ما فيه خلاف
٣٩٩	وعن مخلد ابنتعت عبدا فاستغليته ثم ظهرت منه على عيب فخاصمته فيه الى عمر ابن عبد العزيز فرده	٣٩٣	وجملة ما يحضرنى من الحقوق الآن خيار الرد بالعيب وخيار الشفعة وخيار الفليس
٤٠٠	وسئل ابو حاتم عنه فقال : لم يرو عنه غير ابن ابي ذؤيب قال الشيخ ابو حامد : ومنه خراج السواد لان الفلاحين كانوا يعطون شيئا من الفلة عن الارض	٣٩٤	(فرع) لو قطع ابن المشتري يد العبد المبيع قبل القبض ثم مات المشتري قبل التمكن من الاختيار هل للقاطع حق الخيار بحق الارث
٤٠١	والشيخ ابو حامد اعترف عن هذا بأنه لم يقل : الخراج بالضمان مطلقا	٣٩٤	فان كان له وارثان فاختر احدهما ان يرد نصيبه دون الآخر لم يجز لانه تبعض صفقة في الرد
٤٠٢	(قلت) قسم بعض اصحابنا الحاصل للمشتري من المبيع اما ان يكون غير متولد من النعين او متولدا منها	٣٩٦	واما الرافعي فانه قال تبعا لصاحب التهذيب في مسألة الاثنين
٤٠٢	وعن الرافعي في تلف المبيع قبل القبض ان الموهوب والموصى به والكسب على الخلاف	٣٩٦	واما الرضا فانه قدم فيه خلافا عن الامام مبنيا على انه لو اشترى نصيب صاحبه
٤٠٣	(فائدة اخرى) الموجود في النسخ في لفظ الحديث قد استعمل غلامين بالغين المعجة واللام المشددة	٣٩٦	واما قوله : ان الاصح وجوب اذا لم يحصل الرضا فهو فيه موافق لصاحب التهذيب
٤٠٣	وان كان المبيع بهيمة فحملت عنده وولدت او شجرة فانثرت رد الاصل وامسك الولد	٣٩٧	(فرع) اذا اوجبنا الارش للمنسوع من الرد فهل هو ارش النصف
٤٠٤	ومعتد المخالفين امران (احدهما) ان الفسخ رفع للعقد من اصله	٣٩٧	وان وجد العيب وقد زاد المبيع نظرت فان كانت الزيادة لا تتميز كالسمن
٤٠٤	(والثاني) انه يرفع من اصله مطلقا تخريجا من القول بوجوب مهر المثل	٣٩٧	(الشرح) الزيادة التي لا تتميز كالسمن وتعلم العبد الحرفة والقرآن وكبر الشجر وكثرة اغصانها تابعة

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(السابع) أن الخلاف المذكور في رفع العقد من أصله أو من حينه هل هو خاص بالرد بالعيب	٤٠٥	(قلت) : وهذا جوابه ما قدمه هو من التسوية بين ما قبل القبض وما قبل العقد
٤١٢	(والثامن) أن الطريقة المشهورة هنا الجزم بعدم جريان الخلاف فيما بعد القبض	٤٠٥	إذا ثبت هذا الأصل فنحن نقول بأنه يرفع العقد من حينه
٤١٣	(التاسع) الزيادات التي وقع الكلام فيها مشروطة بأمور	٤٠٦	(الأمر الثاني) أن الزيادة الحاصلة بعد البيع مبيعة تبعاً لأنه لا سبب للملك فيها
٤١٤	(أحدها) ألا يكون حصل بسببها نقص	٤٠٧	وقد تكلم الأصحاب في ولد المرهونة وههنا تنبيهات
٤١٤	(الثاني) أن تكون حادثة بعد العقد ولزومه	٤٠٧	(أحدها) أن الذين قالوا من أصحابنا أن الرد يرفع العقد من أصله لم نعلم أحداً منهم يقول بامتناع الرد
٤١٤	(والثالثة) أن تكون انفصلت قبل الرد كالولد والنصوف المجزوز واللبن الحلوب	٤٠٧	(الثاني) أن مقتضى القول برفع العقد من أصله وأن كان بعد العقد يرد الزوائد
٤١٤	ولو صح انظر إلى المقابلة بالنقسط لزم أن لا يتمدى الرجوع في الفلوس إلى الثمرة وأعلم أن الحمل يندرج في المعارضة قولاً واحداً	٤٠٧	(الثالث) أن كلام المصنف جازم بعدم رد الولد والثمرة من غير تفصيل
٤١٦	أما أن نقول : أن عهد المعاوضة لا يستتبع الحمل لفوته وفسخه لذلك	٤٠٨	(الخامس) في عبارة كثير من الفقهاء ومنهم الرافعي أن الفسخ رفع العقد من حينه
٤١٧	وأما أن نقول : بأن الحمل يتبع المواضع كلها لكونه جزءاً أو لا	٤٠٨	ويعرض هنا بحثان
٤١٧	وأما الصوف واللبن فالأقرب أنهما كالحمل فيندرجان	٤٠٩	(أحدهما) هل الرفع من حينه والقطع بمعنى واحد
٤١٧	(فرع) من تنبأ الكلام في الحمل جزم الجوزي بأن الحمل يكون للبائع إذا رد عليه بالعيب	٤٠٩	(والثاني) أن الرفع من أصله هل معناه تبين عدم العقد أو الملك أم لا
٤١٨	(فروع) لو اشترأها وعليها صوف وفي ضرعها لبن فطال الصوف وكثر اللبن ثم ردها بعيب قبل الجز والحلب	٤٠٩	وأما الثاني وهو أن الفسخ من الأصل هل معناه تبين عدم الملك
٤١٩		٤١١	وأما الحنفية فعندهم الاكتساب والصيد لا يهلك
		٤١١	(السادس) أن مقتضى قوله الخراج بالضمان تبعية الخراج للضمان

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٤٢٤	الفرق بين الرد بالعيب وبين البيع في الرهن ولو وجد مشتري العيب به عيبا فطريقان	٤١٩	وأما مسألة اللين إذا كان منه شيء موجود عند العقد فبطلت على أنه هل يرد الثمن في غير المصراة
٤٢٥	(أحدهما) القطع بالجواز (والثاني) على الوجهين ولو تقابلا حيث لا عيب (التفرع) : ان قلنا بجواز الرد كما قال المصنف فذاك	٤٢٠	(فرع آخر) إذا قلنا بالزيادة تسلط للمشتري كما جزم به المصنف رحمه الله فليس للبائع حبس ما حدث في يده
٤٢٦	فان اشتراها وهي حامل فولدت عنده - فان قلنا : ان الحمل له حكم - رد الجميع (الشرح) هذا بناء صحيح اتفق عليه الأصحاب والصحيح ان له حكما	٤٢٠	وان قلنا بأنها ترجع بالمفسخ الى البائع قال : الغزالي : له حبسها الى استيفاء الثمن
٤٢٧	(فرع) اطلق الرافعي رحمه الله اشتراط علم النقص بالولادة ولم يفرق وان كان البيع جارية ثيبا فوطئها ثم علم بالعيب فله أن يردھا	٤٢٠	قال ابن الرمعة : ولعل الغزالي رحمه الله قال : له حبسها لا للثمن
٤٢٨	يردها (الشرح) هذه مسألة مشهورة اختلف العلماء فيها على ثمانية مذاهب (أحدها) ان يردھا كما ذكره المصنف ولا يرد معها شيئا وهو مذهبنا الذي نص عليه الشافعي والأصحاب (والمذهب الثاني) أنه لا يرد ولا يرجع بالأرش (والثالث) أنه يردھا ويرد معها مهر مثلها	٤٢١	(فرع آخر) عن الزنى في مسائله المنشورة وان كان المبيع جارية فحبلت عنده وولدت ثم علم بالعيب
٤٢٩	معهما مهر مثلها (الرابع) يردھا ويرد معها مهر مثلها بالغا ما بلغ (والخامس) يردھا ويرد معها عشر ثمنها (والسادس) يردھا ويرد معها حكومة	٤٢١	(الشرح) إذا كانت الجارية حاملا عند البيع ثم ولدت عند المشتري ثم ذكر في الرهن : إذا رهن الأم دون الولد ثم ههنا كلامان
٤٣٠		٤٢٢	(أحدهما) ما استدل به المصنف والشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب على ضعف هذا الوجه من نص الشافعي فان للشافعي نصان في المختصر
٤٣٠		٤٢٣	(أحدهما) قوله : ولا بأس ان يرهن الجارية ولها ولد صغير
٤٣٠		٤٢٣	(والنص الثاني) في المختصر أيضا
٤٣٠		٤٢٣	(الكلام الثاني) في تخيل

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(الشرح) النقص الحاصل	٤٣٠	(والسابع) أنها لازمة
٤٣٧	رخص السعر ونحوه لا خلاف أنه لا يعتبر	٤٣٠	(والثامن) يردّها ويرد معها عشر ثمنها
	قال المرعشي : قطع الثوب من الصور التي فيها قولان	٤٣٠	فأما من يقول بردّها ورد شيء معها
٤٣٨	(أحدهما) يردّه وأرش القطع	٤٣٠	فالجواب أن منفعة البضع مملوكة بالشراء للسيد
٤٣٨	(والثاني) يأخذ الأرض فلا تنافي بين الكلامين		وأيراده على الوجه الأول الأشهر وأقرب في النقل
٤٣٩	إذا عرفت ذلك فهل ذلك جار في وطء البكر أو لا ؟	٤٣٢	والجواب عنه من وجوه (أحدها) ما أشار إليه الشافعي رضي الله عنه في اختلاف الحديث وحكى عنه أنه قال : رويّا ذلك عن علي ولعل حفص بن غياث أو مسلمة ممن كان حاضرا
٤٤٠	الأحكام (تنبيه) هل يشترط المبادرة باعلام البائع ؟	٤٣٢	مناظرة الشافعي (الثاني) أنه قد روى مثل مذهبنّا عن زيد بن ثابت (الفالث) أنه قال : صحابين لم يعلم انتشاره (الرابع) أن مذهبنا موافق لعمر
٤٤١	(قلت) : وما ذكره يقتضي أن حقه أولا ثابت في الرد وأما إذا كان العيب قريب الزوال كالصداع والحمى والرمد غير عنها البقوى بقولين والغزالي بوجهين	٤٣٣	(الخامس) أن أحداث القول الثالث فيه خلاف وتفصيل مذكور في أصول الفقه
٤٤١	(أحدهما) يعذر بالتأخير وله انتظار زواله ليرده سليما عن العيب الحادث من غير أرش	٤٣٣	واعلم أن أصحابنا اختلفوا في أن الرد رفع للمقد من أصله أو من حينه
٤٤١	(فرع) زوال البكارة إذا كان بعد القبض فهو مانع من الرد	٤٣٥	(فرع) هذا كله في وطء المشتري فلو وطئها البائع أو الأجنبية بعد القبض بشبهة فهو كوطء المشتري لا يمنع الرد
٤٤٣	وإن قلنا كالأجنبي وجب وينفي إذا قلنا : أن جنابته كالأجنبي فيخرج على أن الفسخ رفع للمقد من أصله أو من حينه ؟	٤٣٦	(فرع) ما ذكرناه من أن الوطء إذا كان على وجه الزنا عيب يمنع الرد
٤٤٥	(فرع) أطلق المصنف أن تزويج الأمة مانع من الرد	٤٣٦	وإن وجب العيب وقد نقص المصيب
٤٤٧	ويطره أمران	٤٣٧	

الصفحة الأحكام
 (قلت) : وهذا فيه تقوية
 لنا أبديته من الاشكال في
 ٤٥١ اخذ الارش
 (قلت) : وقد تقدم ما نقله
 الاصحاب عن أبي ثور وأنه
 ٤٥٢ رواه في القديم
 (قلت) : والاصح على
 ما سيأتي أنه ليس له الارش
 ٤٥٢ كذلك هنا
 (فروع) الاول : لو زال
 العيب الحادث قبل علمه
 بالعيب القديم ثم علمه فله
 ٤٥٢ الرد
 (قلت) : وكذلك الاصح
 أنه ليس له الفسخ بعد
 ٤٥٣ الأخذ
 أما اذا وجد ذلك قبيل
 العقد فصحيح أنه لا يثبت
 ٤٥٤ الرد به جزما
 وان كان دبره أو علق
 عتقه على صفة ، فله الفسخ
 ٤٥٥ لأن التدبير يقبل الفسخ
 (فرع) : لو اتحل الدابة ثم
 علم بها عيبا قديما ان لم
 ٤٥٥ يعيها نزع النعل
 (فرع) : اذا صيغ المشتري
 الثوب ثم اطلع على عيب قديم
 ٤٥٧ تنبيهات في هذا الفرع
 ٤٥٨ (أحدها) : ان الامام لما
 حكى الخلاف في الطرفين أعنى
 طلب المشتري الامساك وأخذ
 ٤٥٨ الارش
 (وان قلنا :) لا نكلفه
 ٤٥٩ قيمته فهو كعيب حادث
 وان طلب الرد مع غرامة
 ارش العيب واستعادة الثمن
 ٤٦٠ اجبر على ذلك
 (التنبيه الثاني) قال
 الامام : لا صائر الى انه يرد
 ويبقى شريكا في الثوب كما في
 ٤٦١ المصنوب

الصفحة الأحكام
 (أحدهما) : انا سنحكي
 حكاية عن صاب البيان ان
 ٤٤٧ التزويج ليس بعيب
 (الثاني) : لو قال الزوج
 لها : ان ردك المشتري بالعيب
 على البائع فانت طالق فكان
 قبل الدخول ثم وجد بها
 ٤٤٧ عيبا
 (فرع) : اذا وجد المشتري
 العيب فقبل رده مع كونه في
 الرد جاء البائع وقطع يده
 ٤٤٨ (فرع) : من جلة العيوب
 الماتعة من الرد لو كان
 غلاما فحلق شعره لانه ينقص
 ٤٤٨ من ثمنه
 (فرع) : اشترى غرسا
 بجمار وخصى الفرس ثم وجد
 به عيبا
 ٤٤٨ فان قال البائع : انا آخذ
 التبيع مع العيب الحادث لم
 يلزمه دفع الارش لانه لم يكن
 له غير الرد
 ٤٤٨ (الشرح) : هذان نوعان
 من المسألة المتقدمة ولا شك
 ان للبائع والمشتري عند
 اجتماع العيب القديم
 ٤٤٩ والحادث أحوالا
 (أحدها) : ان يرضى البائع
 برده من غير ارش للحادث
 ٤٤٩ (الثانية) : ان يتفقا على
 امساكه وأخذ ارش العيب
 القديم
 ٤٤٩ (الثالثة) : ان يتفقا على
 الرد مع الارش وذلك جائز
 ٤٤٩ ايضا
 (قلت) : وفلك لا يدفع
 الاشكال فان الاقالة فسخ
 على المذهب
 ٤٥٠ (الحالة الرابعة) : ان
 تنازعا فيذعن أحدهما الى الرد
 مع ارش العيب الحادث
 ٤٥١

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(فائدة) ادعى ابن الرفعة ان كلام الامام في باب المراجعة يدل على ان الارش في مقابلة سلطنة الرد	٤٦٢	(التنبيه الثالث) ان صاحب التهذيب قال : ان يمكنه نزع الصبغ فان رضى البائع بان يرده
٤٧٢	(فرع) مقتضى كلام المصنف وغيره انه اذا لم ينقص القيمة لا رجوع بالارش	٤٦٣	(التنبيه الرابع) الذى تخلص مما تقدم ان المشتري ان طلب الرد
٤٧٣	(فرع) مع قولنا بان الارش جزء من الثمن فالشهور القطع بانه لا يبطل العقد	٤٦٤	(فرع) لو صبغ المشتري الثوب ثم باعه ثم علم بالعيب قطع ابن الصباغ
٤٧٣	(فرع) لو كان العيب في عين قبضت عن دين هل يكون الارش عنها كما قلناه هنا	٤٦٤	(آخر) ان كان ثوبا فخاطه استحق الارش
٤٧٣	(فرع) في فتاوى القاضى حسين : اشترى في صحته بمائة ما يساوى مائة فوجد في مرض موته به عيبا	٤٦٤	(آخر) لو اشترى عصيرا حلوا فلم يعلم بعيبه حتى صار خمرا فله الارش
٤٧٤	(فرع) لو وجد بعينه بيضا وحدث عنده بياض آخر ثم زال احد البياضين واختلفا	٤٦٤	(آخر) او اشترى ذى من ذى خمرا ثم اسلمها فوجد المشتري بالخمر عيبا ينقص العشر من ثمنه
٤٧٤	(فرع) اذا ثبت الارش فان كان الثمن بعد في ذمة المشتري برىء من قدر الارش وان قلنا : يعطى حكم المعين في العقد لم يجر ابداله والا جاز	٤٦٥	(فرع) اشترى جارية بعبد ثم وجد بالجارية عيبا قدبها فردها ووجد بالعبد عيبا حادثا عند بائع الجارية
٤٧٥	وان اختلفت قيمة المبيع من حال العقد الى حال القبض قوم بأقل القيمتين	٤٦٥	ثم اذا رده حكى الشيخ وجهين (أحدهما) يسترد الثوب مقطوعا ويسترد ارش النقص
٤٧٦	(الشرح) تقدم ان القيمة تعتبر معنى لايجاب الارش والاعتبار بانه قيمة فيه طريقان :	٤٦٧	واذا اراد الرجوع بالارش قوم المبيع بلا عيب فيقال قيمه مائة ثم يقوم مع العيب فيقال قيمته تسعون
٤٧٦	(أصحها) القطع بان الاعتبار بأقل القيمتين من قيمة يوم العقد ويوم القبض	٤٦٨	وقد ذكر الفزالى احتمالين فى أن الارش غرم مبتدا أو جزء من الثمن
٤٧٦	(والطريقة الثانية) ان في المسألة ثلاثة اقوال (أصحها) هذا	٤٧٠	ومقتضى كلام الامام في مسألة الحل أن ذلك اقتضته الضرورة وليس العقد يقتضيه من الأصل
٤٧٦		٤٧١	على أن القول بانه غرم جديد أيضا ليس صالحا عن اشكال

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	ولاجل كلام الفارقي هذا		(والثاني) أن الاعتبار
٤٨٢	قال ابن أبي عصرون : أنه لا فائدة في اعتبار أقل القيمتين	٤٧٦	بقيته يوم القبض وهو الذي صححه الفزالي في باب
	قال ابن أبي الدم : وأنا أقول في القلب من هذه		التخالف
٤٨٣	المسألة حكمة عظيمة		(والثالث) نقله الرافعي
	وعلى الجملة فهذا القول الذي صار إليه المصنف ليس	٤٧٦	عن رواية ابن مقلاص أن الاعتبار بقيته يوم القبض وقد رأته منصوصا في باب
٤٨٤	قولا اخترعه		الفصيص
	قلت : وما قاله ابن أبي الدم من حفظ الألب صحيح	٤٧٧	واعلم أن هذه المسألة معروفة بالأشكال لاسيما على
٤٨٤	(الوجه الثاني) من الكلام		عبارة المصنف
٤٨٥	على الشاشي		اعلم أن طائفة من
	فالحواب أن الاختلاف في قيمة المصيب سببه حدوث	٤٧٧	الأصحاب أهملوا التمرض
٤٨٥	الوصف بزيادة أو نقصان		لوقت اعتبار القيمة
	(فإن قلت :) ذلك لا يلائم قوله كان ما نقص في يده	٤٧٨	مثاله : قيمة السليم يوم
٤٨٦	مضمونا عليه		العقد مائة ويوم القبض ألف
	(فرع) وهذا الذي قلناه وحملت كلام المصنف عليه	٤٧٨	أو عشرة
	من أن المراد أن اختلفت القيمة المنسوب إليها		مثال الأول : قيمته في
٤٨٨	(فرع) عبارة الرافعي والجمهور أقل القيمتين من		اليومين سليما عشرة ومعينا
٤٨٨	يوم العقد ويوم القبض	٤٧٨	يوم العقد تسعة
	(فرع) هذا الذي تقدم في معرفة الأرض عن العيب القديم وكلام المصنف مفروض	٤٧٨	ومثال الثاني : قيمته
٤٨٩	في ذلك		معينا يوم العقد ويوم القبض
	(فرع) قال ابن أبي عصرون : المتأخر في مجموع له يتعرض بعضه	٤٧٨	ثمانية وسليما يوم العقد
٤٨٩	لألفاظ المذهب		عشرة ويوم القبض تسعة
	فإن كان البيع أثناء من فضة وزنه ألف وقيمته ألفان	٤٧٨	ومثال الثالث : قيمته يوم
	فكره ثم علم به عيبا لم يجز له الرجوع بأرشي المصيب	٤٧٩	العقد سليما عشرة ومعينا
٤٨٩			تسعة ويوم القبض سليما
		٤٧٩	تسعة ومعينا ثمانية
			وإذا تأملت الذي ذكرته
			في القسمين الأولين لم يخف عليك اختلاف الأمثلة وأحكامها
		٤٧٩	في هذا القسم
			فعبارة الامام مطردة في
		٤٧٩	الاقسام الثلاثة
			(فائدة) قال الفارقي في
			كلامه على المذهب : هذه
٤٨٩		٤٨٠	المسألة يعني مسألة الكتاب

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(السابع) أن كلام المصنف يقتضي أن الوجه الأخير حكاه الداركي وليس من قوله	٤٨٩	(الشرح) هذا الفرع منسوب لابن سريج وفيه وجه
٤٩٤	(الثامن) من قول المصنف في تعليل قول الداركي ، لأن ما ظهر من الفضل في الرجوع بالأرض لا اعتبار به	٤٨٩	(أصحها) أنه يفسخ المبيع ويرد الاتاء (والوجه الثاني) ولم يذكره المصنف يفسخ العقد لتعذر امضائه
٤٩٤	(التاسع) الدليل الذي ذكره على عدم اعتبار ذلك أنه يجوز الرجوع بالأرض في غير هذا الموضع بالاتفاق	٤٩٠	(والثالث) أنه يرجع بأرض العيب القديم كسائر الصور
٤٩٤	(العاشر) لا جواب وما استدلل به الداركي أنه إنما يلزم جهالة الثمن إذا كان ذلك بطريق المين	٤٩٠	(قلت) وسيأتي بيان من هو الفاسخ عند ابن سريج وبه يتبين أنهما لم يتفقا إلا على أصل الفسخ
٤٩٥	(الحادي عشر) أنه على الأصح الذي قاله المصنف أنه يرد ثم يغرم أرض النقص	٤٩١	ثم تنبه لأمور
٤٩٥	(الثاني عشر) مأخذ فسخ العقد على ما قال الشيخ أبو حامد من قول الشافعي في الرجل يشتري ثمرة قبل بدو صلاح	٤٩١	(أحدها) أن المصنف فرض المسالة في الاتاء وكذلك القاضي أبو الطيب
٤٩٦	(الثالث عشر) صورة المسالة إذا كان الاتاء باقيا نلو عرف العيب القديم بعد تلفه عنده فالصحيح أنفساخ العقد	٤٩١	(الثاني) أن المصنف لم يذكر تمام صورة المسالة وهو أن يكون الثمن من جنس الاتاء
٤٩٦	(الرابع عشر) متى كان كسر الاتاء من المشتري فلا فرق بين بعد القبض أو قبله	٤٩١	(الثالث) في التنبيه على أمور واضحة ذكر القصة على سبيل المثال الربوى والذهب كذلك
٤٩٧	(الخامس عشر) إذا غرمناه قيمته على قول ابن سريج أو على قول الأكثرين عند تلفه	٤٩٢	(الرابع) أن تعليل المصنف امتناع الرجوع بالأرض الذي اتفق عليه ابن سريج وأبو حامد والأكثرين
٤٩٧	(السادس عشر) غرامة أرض النقصان الحادث على قول الأكثرين عند بقاءه	٤٩٢	(الخامس) أن الفاسخ للببيع هو الحاكم صرح به الشيخ أبو حامد
٤٩٨	(السابع عشر) قد تقدم من قول الإمام أنه لم يصح أحد	٤٩٣	وأما على قول الأكثرين فيبعد إلحاقه بالتخالف
		٤٩٣	(السادس) قول المصنف لم يغرمه أرض الكسر يريد به أن تغريم أرض الكسر متأخر عن الفسخ

الاحكام
(الثانية) أن يبين أنه
كانت له قيمة تافهة كالنقش
ولعب الصبيان ٥٠٢
(المرتبة الثالثة) أن
يفرض له قيمة قبل الكسر
معتبرة في صحة ما يراد المقد
عليه ثم تبطل بالكسر ٥٠٢
ويأتى الوجدان المفهومان
في المرتبة الثانية من كلام
الغزالي ٥٠٢
(أحدهما) أن البيع
ينفسخ ويرجع بالثمن ٥٠٢
(والثاني) أنه لا يفسخ
إذا قلنا ذلك ليس من ضمان
البائع ٥٠٢
(والأصح) أنه من ضمان
البائع ٥٠٢
(فرع) قال ابن الرقعة :
إنه تظهر فائدة الخلاف
بين الاصحاب والفتاوى أيضا ٥٠٣
(قلت) أما إذا قلنا : أنه
استدراك للظلمة لا يكون
الا طلبه على الفور ٥٠٣
(فرع) اطلق المصنف
الكسر في هذا القسم
فيقتضى أن لا فرق ٥٠٤
(فرع) أن اختلفا في
تسليمه صحيحا أو فاسدا
فالقول قول البائع مع يمينه ٥٠٤
فان كان له قيمة كبعض
النعماء والبطيخ الحامض ٥٠٤
(الشرح) إذا كسر ما لا
يوقف على عيبه الا بكسره
وكان للباقي بعد الكسر قيمة ٥٠٤
واتفقت الطرقت على
حكايتها ٥٠٥
(اظهرهما) عند الأكثرين
أنه لا يمنع الرد ٥٠٥
(والقول الثاني) أنه
ليس له الرد قهرا كما لو عرف

الاحكام
الى التخيير بين جميع هذه
المساك ٤٩٨
(الثامن عشر) صورة
المسألة أن يكون العيب الذى
ظهر بالاناء كالكسر ونحوه ٤٩٨
(التاسع عشر) أن الكلام
المذكور لا اختصاص له بالاناء
والحلى بل هو في كل عقد
اشتمل على جنس واحد ٤٩٨
(العشرون) أن أرش
الكسر الذى يفرمه يمكن أن
يقال بأنه لا يكون منسوباً من
الثمن ٤٩٩
وان وجد العيب وقد نقص
البيع بمعنى يقف استعلام
العيب علم جنسه ٤٩٩
وقال المزنى في موضع
آخر فيها قولان ٥٠٠
(أحدهما) ليس له الرد
الا ان شاء البائع والمشتري
ما بين قيمته صحيحا وفاسدا ٥٠٠
وكلام الاصحاب أربعة
أوجه ٥٠١
(الأصح) أن البيع
باطل ٥٠١
(والثاني) أنه يصح
وينفسخ بعد ذلك ويسترد
جميع الثمن ٥٠١
(الثالث) أنه يصح
ولا يفسخ لكن يكون له أرش
العيب وهو ههنا الثمن
بكماله ٥٠١
(والرابع) أن البيع
صحيح ولا يفسخ ولا يسترد
الثمن بكماله ٥٠١
وطريقه أن يحمل النص
على ما لا قيمة له مع فساده
في حال صحته فيحملها على
مراتب ٥٠٢

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٥١١	ان غريم الفليس اذا رجع في العين وقد نقصت وان كان الارش جزءا من الثمن كما اقتضاه كلامهم في مسألة الحلوى	٥٠٥	عيب الثوب بعد قطعه وان قلنا برد وهو الاظهر
٥١٣	(فرع) قال ابن الرفعة : على كل حال فأي وقت نعتبر القيمة فيه ؟ فيه وجهان (أحدهما) وقت حدوث العيب	٥٠٥	مهل يغرم ارش الكسر ؟ فيه قولان (أحدهما) نعم كالمصراة
٥١٤	(والثاني) اكثر ما كانت من حين القبض الى حين حدوث العيب وان كسر منه قدرا يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه ففيه طريقتان	٥٠٥	(والثاني) لا ، لانه معذور فيه والبائع بالبائع كانه سلطة عليه
٥١٥	(أحدهما) لا يجوز الرد قولاً واحداً لانه نقص حدث بمعنى لا يحتاج اليه لمعرفة العيب	٥٠٦	قال الفزالي وهو الاعدل ثم تنبه على أمور :
٥١٥	(الشرح) الطريقة الاولى ، هي المذهب . اذا دعي أحدهما الى الارش والآخر الى خلافه	٥٠٦	(أحدها) ان طريق الاطلاع على العيب اما أن يكون من ضمان البائع أو من ضمان المشتري
٥١٥	(فرع) روي أن مولى لعمرو بن حريث الصحابي اشترى لعمرو بن حريث بيضا من بيض النعام	٥٠٦	(الثاني) قال الرافعي في المحرر : انه لا يمنع الرد واذا رد لم يغرم الارش على الاظهر
٥١٦	واخذ الناس من هذا ان عمرا كان رايه جواز الرد وان لم يعلم بالعيب حتى هلك المبيع أو اعتقه أو وقفه ثبت له ارش العيب	٥٠٦	(الثالث) قال الامام : ما يجب التنبيه له أن المسألة التي نحن فيها لا تتميز أصلا عن تفصيل القول في العيوب الحادثة
٥١٦	(الشرح) امتناع الرد لعدم امكانه لأن الرد يعتمد مردودا	٥٠٦	(الرابع) انه اذا اشترى ثوبا مطويا فنشره ووقف على عيب به فإن لم ينقص بالنشر فلا يمنع الرد
٥١٧	اذا عرفت ذلك فالارش واجب بعلمتين	٥٠٧	(الخامس) قال المرعشي : في ترتيب الاقسام سبب ذكرته فنيما تقدم مختصرا ولابد من ذكره هنا
٥١٧	(أحدهما) ما ذكره المصنف انه ليس من الرد	٥٠٨	(السادس) قول المصنف : لا يوقف على عيبه الا بكسره احسن من قول من قال مأكوله في جوفه
		٥٠٨	فان قلنا : يلزمه الارش قوم معينا صحيحا ومعيبا مكسورا
		٥٠٩	وقد مال ابن الرفعة الى

الصفحة الأحكام
 (الشرح) إذا زال ملكه
 عن المبيع زوالا يمكن عودته
 ثم علم بالعيب فلا خلاف
 ٥٢٥ أنه لا يرد في الحال
 (قلت) وهو كذلك في باب
 الاختلاف في العيب
 ٥٢٥ (القول الثاني) وهو من
 ترجيح ابن سريج : له الأرض
 ٥٢٦ (قلت) وقد رأيت النص
 المذكور في مختصر البويطى في
 باب المتاع يشتري فيوجد به
 ٥٢٦ العيب
 ولو كان اليأس هو العلة
 لما وجب شيء لامكان الرد
 ٥٢٧ لكن هل ذلك من كلام
 البويطى نفسه أو عن
 ٥٢٨ الشافعى ؟ فيه نظر
 (فائدة) قال الفزالي
 والامام قبله : ان الخلاف
 المذكور في الرجوع بالأرض
 ٥٢٨ يقرب من القولين
 (فرع) على تخريج
 ابن سريج : اذا أخذ الأرض
 ثم رد عليه مشترىه بالعيب
 ٥٢٩ فهل يرده مع الأرض ؟
 (فائدة) اذا عرفت ذلك
 فنقول المصنف لم يجز له
 المطالبة بالأرض يشمل ما اذا
 اطلع المشتري الثاني على
 ٥٢٩ العيب ورضى به
 (فرع) اشترى ثوبا
 فقطعه أو صبغه ثم باعه
 ثم علم بعيبه ، فلا يرجع
 ٥٣٠ بأرض العيب
 فان رد المشتري الثاني
 بالعيب على المشتري الاول
 ٥٣٠ رده على البائع لانه أمكنه الرد
 (الشرح) هذا لا خلاف
 فيه وهو معلل عن الاكثرين
 ٥٣٠ بالمعنى الاول

الصفحة الأحكام
 (والثانية) أنه لم يستدرك
 الظلامة وهو مقتضى مسألة
 ٥١٧ أبى اسحاق في مسألة البيع
 وقال أبو حنيفة : لا يرجع
 بالأرض فيهما لانه معمل
 مضمون فاشبه ما اذا باعه
 أو أمسكه
 ٥١٩ قال ابن كج : وعندى أن
 له الأرض في الصورتين
 ٥١٩ (فرع) يستثنى من اطلاق
 المصنف ما اذا منع مانع من
 ٥٢٠ أخذ الأرض
 (فرع) استيلاء الجارية
 مانع من الرد وينتقل الى
 ٥٢٠ الأرض كما في الثلاثة
 وان لم يعلم بالعيب حتى
 ابق العبد لم يطالب بالأرض
 ٥٢١ لانه لم ييأس من الرد
 (الشرح) اذا ابق العبد
 في يد المشتري ثم علم عيبه
 فان كان العيب القديم الذى
 علمه غير الابق كالعرج
 ٥٢١ والعمور
 واتفق الجميع على انه اذا
 رجع بالعيب وان هلك في
 الابق رجع على البائع بأرض
 ٥٢٢ العيب
 اعلم ان الاصحاب اطلقوا
 ههنا انه لا يمكن من الرد
 ٥٢٣ في مدة الابق
 فان قالوا : لا يمكن المطالبة
 عند الحاكم بالثمن المقبوض
 الا مع تسليم العيب فعند
 ٥٢٣ غيبته تتعذر الدعوى
 (فرع) في مذاهب العلماء
 الدعوى في هذه المسألة اذا
 ٥٢٤ اطلع بعد الابق ان كان آبقا
 فان لم يعلم بالعيب حتى
 باعه لم يجز له المطالبة
 بالأرض

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٥٣٨	فان لم يعلم بالعيب حتى وهبه من غيره فان كان بعوض فهو كالبيع وقد بيناه هذا بين لا اشكال فيه الا ان الهبة بعوض بيع وحينئذ تأتي فيها الاقسام والاحكام المذكورة كلها	٥٣١	فيه وهو معلل عند الاكثرين (قلت) وهذه العبارة بظاهرها منكرة على الصحيح من المذهب
٥٣٨	وان وهبه بغير عوض لم يرجع بالأرض لأنه لم يباس من الرد	٥٣١	(فرع) ليس للمشتري الثاني رده على البائع الأول وان حدث عند الثاني عيب فرجع على الأول بالأرض رجع هو على بائعه لأنه آيس من الرد
٥٣٨	(الشرح) هذا هو الصحيح تقريرا على ان المعتبر اليأس	٥٣١	واقول بعون الله تعالى ما ذكره الرافعي والبيهقي من الترتيب مبنى على ما تقدم عنهما
٥٣٩	(تنبيه) الهبة قد يسمى فيها عوض ولا شك ان حكمها حكم البيع	٥٣٢	(فرع) هذا الذي ذكرناه كله ما دام المبيع باقيا أما لو تلف بعد حدوث العيب أو دونه
٥٣٩	(فرع) قال صاحب التهذيب : قال بعض اصحابنا : لو كان وهبه من ابنه فلا يرجع لأنه يمكنه ان يرجع في الهبة ثم يرد كما لو لم يخرج عن ملكه	٥٣٤	وان تلف في يد الثاني وقتلنا بتعليل أبي اسحاق لم يرجع لأنه استدراك ظلامه (الشرح) اذا تلف في يد المشتري الثاني أو كان عبدا فاعتقه أو أمة فاستولدها أو وقف المبيع
٥٤٠	فان رجع اليه ببيع أو هبة أو ارث فله الرد بلا خلاف لأنه يمكنه الرد ولم يستردك الظلامه	٥٣٤	وان رجع المبيع اليه ببيع أو هبة أو بارث لم يرد على تعليل أبي اسحاق
٥٤١	(فرع) باع زيد عمرا شيئا ثم اشتراه منه وظهر فيه عيب كان في يد زيد	٥٣٥	وأما بقية الطرق العود من الهبة ونحوها فلا تأتي فيها هذه الأوجه
٥٤٢	(فرع) لو تلف في يد الموهوب له فلم يشتري الواهب الرجوع قولنا واحدا	٥٣٦	واعلم ان طريقة المصنف والجمهور في البناء لا اشكال فيها
٥٤٢	(فرع) هذه الأحكام المتقدمة في كلام المصنف	٥٣٦	(فرع) اعلم باننا اذا قلنا : الزائل العائد كالذي لم يعد كما صححه الغزالي لم يبق لنا بعد بيع المشتري الأول
٥٤٤	(فرع) لو لم يخرج المبيع عن الملك ولكن تعلق به حق كرهن أو كتابة	٥٣٧	

الصفحة	الأحكام
٥٥٢	الصفة الكاملة بعد البيع وقبل القبض يثبت الخيار (فائدة) الرجوع في العيب الى العرف له نظائر في الفقه فان اشترى عبدا فوجده اعمى او اعرج او أبرص او مريضا أو أبخر أو مقطوعا أو أقرع أو زانيا أو سارقا وقال العجلى : اذا صاب العبد مرض وكان يزول بالمعالجة السريعة فلا خيار وقال الغزالي في الوسيط : اعتياد الاباق والسرقة والزنا عيب
٥٥٤	ووراء ذلك ثلاثة أمور (أحدها) أن هذه الثلاثة اذا تكررت في يد البائع واشتهرت ثم وجدت في يد المشتري ولم يكن علم بها فله الرد
٥٥٤	(فرع) لو وجد الاباق والسرقة والزنا ونحو ذلك في يد البائع وارتفع مدة مديدة فان رده المشتري الثاني (فرع) لا يشترط أن توجد هذه الأشياء في يد البائع
٥٥٦	(فرع) الحواء كالسارق ولا يشترط تكرار الجناية منه أيضا
٥٥٦	(فرع) في مذاهب العلماء قال الثوري وإسحاق في الصبي يسرق ويشرب الخمر ويأبى : لا يرد بعيب حتى يحتلم
٥٥٦	(فرع) قول المصنف عبد على سبيل المثال فالامة كذلك وبعض العيوب المذكورة يشترك فيها سائر الحيوانات

الصفحة	الأحكام
٥٤٥	(فرع) الثمن المعين اذا خرج معيبا يرد بالعيب كالبيع (فرع) باع عبدا بالف واخذ بالالف ثوبا ثم وجد المشتري بالعبد عيبا ورده (فرع) اختلفا في الثمن بعد رد المبيع فعن ابن أبي هريرة قال : اعيتنى والاولى أن يتخالطا وتبقى السلعة في يد المشتري (فرع) لو احتيج الى الرجوع بالأرث فاختلما في الثمن فعن رواية القاضي ابن كج فيها قولان اتفق الشافعى وأكثر العلماء على أن المشتري اذا رد المبيع بعيب وكان الثمن باقيا أنه يأخذه والعيب الذى يرد به المبيع ما يعده الناس عيبا (الشرح) لما تقدمت احكام العيب احتاج الى تعريفه فعمد هذا الفصل لذلك
٥٤٧	وأما ثبوت الرد بوجوده في يد البائع فيمكن أن يكون ابو الطيب يقول به ويجمله عيبا
٥٤٨	وان جمعنا ما قاله ابو الطيب بعد القبض وما قاله صاحب التهذيب قبله (والجواب) عن هذا أن الثمن اذا كان معيبا فحكمه حكم المبيع (قلت) والعيب في الزكاة كالبيع على الأصح
٥٥٠	(فرع) قد تبين لك زوال

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(ومنها) على ما قال الجورى : اذا باع عبدا قد نذر صوم شهر بعينه	٥٥٦	(فرع) ومن أمثلة العيوب أيضا الحب وهو داخل في قول المصنف : مقطوعا والصئبان في الاماء والعبيد اذا كان مستحكما مخالفا للعادة
٥٥٩	(ومنها) تعلق الدين برقبتهما ولا رد بما يتعلق بالذمة	٥٥٦	وقال الفقهاء في صفة الامة : هو : هو الذى يدغم حرفا في حرف على خلاف الادغام الجائز في العربية (ومنها) كونه فاقدا الذوق أو شيء من الحواس الخمس وان كان بعضها تقدم الشمر أو الظفر
٥٦٠	(ومنها) ضمور الكمين وانقلاب القدمين الى الوحشى والخيلائن الكثيرة ، وآثار الشجاج والقروح	٥٥٧	(ومنها) كونه ذا قروح أو ثآليل كثيرة أو بهق وهو بياض يعترى الجلد (ومنها) كونه نهما أو ساحرا أو قاذفا للمحسسات أو كذابا أو به نفخة طحال
٥٦١	ومن العيوب كون الدابة جموحا أو عضوضا أو رموحا أو حثينة المشى ولو اشترى أرضا يتوهم أن لا خراج عليها فبئس خلافه فان لم يكن على مثلها خراج فله الرد	٥٥٧	(ومنها) كونه خنثى مشكلا أو غير مشكل قال الرافعى : انه ان رجلا وكان يبول من فرج الرجال (ومنها) كونه وصل شعره بشعر غيره (ومنها) كون العبد مخنثا أى ممكنا من نفسه من عمل قوم لوط
٥٦١	ومن العيوب نجاسة المبيع اذا كان ينقص بالغسل (فرع) قال الهرورى : فصل في عيوب العبيد والجوارى التى اجتمع عليها الباحثون وافتنى بها المفتون (فرع) قال الزبيرى فى المقتضب : لو اشترى دارا بحدودها ثم علم أن أحد حيطانها ليس لها فله الخيار (قلت :) وينبغى أن يكون ذلك على تفريق الصفقة لأن الإشارة تشمل الجميع ومن جملتها الجدار الذى تبين أنه ليس لها	٥٥٨	(ومنها) كون الجارية رتقاء أو قرناء أو مستحاضة أو معتدة (ومنها) وقد تعرض له الشافعى أن يكون كل منهما العبد والامة أحرم باذن السيد (قلت :) ولنا وجه أنه ليس للبائع تحليله
٥٦٢	وأن وجده يبول فى الفراش فان كان صغيرا لم يرد ، لأن بول الصغير معتادا فلا يعد عيبا وان كان كبيرا رد ، لأن ذلك عاهة ونقص (الشرح) اذا كان صغيرا	٥٥٨	
٥٦٢		٥٥٩	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٥٦٨	له الرد لأن كرهه لا ينقص (الشرح) هذا موافق لصاحب التتمة ومخالف لصاحب التهذيب والرافعى في التفصيل	٥٦٢	فلا خلاف في أنه ليس بعيب ، سواء في ذلك الطفل والطفلة وإن اشترى عبدا وكان يبول في فراشه ولم يعلم إلا بعد كبر العبد
٥٦٨	وإن اشترى أمة فوجدها مزوجة أو عبدا فوجده مستأجرا ثبت له الرد (الشرح) هذا كما قال	٥٦٤	وإن وجده خصيا ثبت له الرد لأن العقد يقتضي سلامة الأعضاء وهذا ناقص
٥٦٩	لأن المروجة يستحق الزوج تسليمها في بعض الأوقات وإن اشترى شيئا فتيين أنه غيب في ثمنه لم يثبت له	٥٦٤	(الشرح) الخصى الذى نزعت خصيتاه وسلتا وقيل : من قطعت أثنياه مع جلدتها وإن وجد غير مختون —
٥٦٩	الرد لحديث حبان بن منقذ (الشرح) هذا الحديث ذكره المصنف في أول كتاب البيوع فيكتفى بكلام النووى عليه	٥٦٤	فإن كان صغيرا — لم يثبت له الرد لأنه لا يعد ذلك نقصا في الصغير
٥٧٠	وقال أصحابنا : لا يثبت الخيار بالغيب سواء اتفاحش أم لا	٥٦٤	(الشرح) هذا كما قال وضبط الرويانى الصغير بسبع سنين فما دونها
٥٧١	(فرع) فيما نتوهم أنه غيب وليس بعيب ولا رد فيه وإن اشترى عبدا بشرط أنه كاتب فوجده غير كاتب	٥٦٥	وإن اشترى جارية فوجدها مغنية لم ترد لأنه لا تنقص به العين ولا القيمة
٥٧٢	أو على أنه يحسن صنعة فوجده لا يحسن صنعة (الشرح) هذا الفصل للسبب الثالث من أسباب الخيار وهو اخلاف ما ظن	٥٦٥	(الشرح) هذا مذهبا وعن مالك أن له الخيار لأن الغناء حرام ، وذلك نقص فيها
٥٧٤	بالالتزام الشرطى (فرع) قال القاضى حسين : ولو شرط أنه حجام فأخلف ثبت الخيار ، وإن كان صادقا في جملة الحرف	٥٦٥	وإن وجدها ثيبا أو مسنة لم يثبت له الرد لأن الثبوبة والكبر ليس ينقص
٥٧٥	وإن اشتراه على أنه فحل فوجده خصيا ثبت له الرد ، لأن الخصى انتقص من الفحل في الخلقة	٥٦٦	فإن وجد المملوك مرتدا أو وثيبا ثبت له الرد لأنه لا يقر على دينه
٥٧٦		٥٦٦	وإن وجدها ثيبا أو مسنة لم يثبت له الرد (الشرح) كثير من الأصحاب أطلقوا هذا الحكم
		٥٦٦	فإن وجد المملوك مرتدا أو وثيبا ثبت له الرد (الشرح) الردة عيب قطعا في المملوك الذكر والأنثى
		٥٦٧	وإن وجده كتابيا لم يثبت

الصفحة	الأحكام
٥٨١	(فرع) اذا ظهر الخلف في الصفة المشترطة وقد تقدم فسخ العقد بهلاك أو حدوث عيب
٥٨١	(الشرح) الشروط المتقدمة كانت في الصفات
٥٨٢	وان اشترى ثوبا أو أرضا على أنه عشرة أذرع فوجده والى ما يحصل بالزيادة فهى أربع مسائل وطريقة العراقيين فى ذلك تحتاج الى تأويل وفكر
٥٨٣	وأنا ان شاء الله اذكر طريقهم وطريق غيرهم فى ذلك
٥٨٣	(الطريقة الاولى) القطع بالصفة فى حالة النقصان فى المتقوم والمضى مع ثبوت الخيار للمشتري
٥٨٣	(الطريقة الثانية) لو قال: بعتك هذا الثوب وهو عشر أذرع فخرج تسعا ثبت الخيار للمشتري
٥٨٣	(الطريقة الثالثة) طريقة صاحب التقريب والخراسانيين والقاضى حسين على ما ذكرته فى باب الربا
٥٨٣	وأما بيان الاشكال والترجيح بين الطرق فيتوقف على مقدمات
٥٨٥	(أحدها) أن هذه المسألة يتجاوز بها أربعة أصول مستفادة من كلام الامام
٥٨٥	(الثانية) أن الفرض المتعلق بجنس المبيع قوى جدا فان الجنس هو الأصل والمقادير والأوصاف تطسروا عليه وتزول
٥٨٥	(الثالثة) قد عرفت بهذه المقدمة الثانية انحطاط

الصفحة	الأحكام
٥٧٦	(الشرح) المسألة الاولى لا خلاف فيها لفوات الغرض القوى
٥٧٧	وان اشتراه على أنه مسلم فوجده كافرا ثبت له الرد (الشرح) هذه أيضا لا خلاف فيها لفوات الغرض المقصود القوى
٥٧٧	وان اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما ثبت له الرد وقال المزنى : لا يثبت له الرد (الشرح) المذهب ثبوت الرد فى ذلك وبه قال أحمد لا لتقيصة ظهرت ولكن لأنه قد يكون غرضه التجارة
٥٧٧	(فرع) هذه المسألة أيضا مما يشهد لرجحان عبارة النووى على عبارة الرافعى
٥٧٨	(فرع) الفرق بين البيع والفكاح حيث لم يثبت الخيار فى الفكاح على الأصح
٥٧٩	(فرع) صورة مسألة الكتاب فيما اذا كان المشتري مسلمًا والبائع مسلما فلو كان المشتري كافرا انحطفت على شراء الكافر للمسلم والأصح فساده
٥٧٩	(الشرح) هذا لا خلاف فيه لفوات الغرض ونقصان المالية وهى من القسم الاول لشروط الكتابة وحسن الصنعة
٥٧٩	وان اشترها على أنها ليب فوجدها بكرا لم يثبت له الرد لأن البكر أفضل
٥٨٠	(الشرح) القول بأنه لا يثبت له الرد هو الأصح (فرع) لو شرط كونه مختونا فبان أقلف فله الرد

- (أحدها) أن يذكر الثمن جملة من غير تفصيل كقوله : بعتك هذه الأرض بعشرة دراهم على أنها عشر أذرع (الثانية) أن يذكره مفصلا ولا يذكره مجملا كقوله : بعتك هذه الأرض على أنها عشرة أذرع ٥٩٠
- (الحالة الثالثة) أن يذكر جملة الثمن وتفصيله مقسما على الأذرع ٥٩١
- إذا باع صبرة حنطة بصبرة شعير كيلا بكيل وتقدم هناك طريقتان ٥٩١
- (أحدهما) عن المصنف وأكثر الأصحاب أنه إذا رضى صاحب الزيادة بتسليم الزيادة أقر العقد ٥٩١
- (والطريق الثاني) عن صاحب التهذيب حكاية قولين (أصحابهما) البطلان وقياسهما أن تأتي هنا أيضا ٥٩١
- (فائدة أخرى) فمرض هذه المسائل في شيء واحد مكتوب أو أرض وتحوهما ٥٩٢
- (فائدة أخرى) القائل بالبطلان عند الزيادة هو ابن سريج نقله عن القاضي حسين قبل باب يبيع جبل الحبل ٥٩٢
- (فائدة أخرى) النسخ المتقول عن البويطى رأيت مثله في الأم في آخر باب الثنيا ٥٩٢
- (فائدة أخرى) أكثر الأصحاب أنها صوروا ذلك في الأرض والثوب وصورها الزبيرى في المقتضب في الدار ٥٩٣
- (فرع) مر خلف الشرط قال أبو عاصم العبادى : إذا اشتري أرضا عليها خراج

- الغرض في المقدار عن الجنس وذلك يوجب أن هذه المسألة أولى بالصحة ٥٨٦
- (قلت) وهذا على ما هو مشهور عن العراقيين وقد تقدمت طريقة عن الشيخ أبى حامد بأحد القولين في الصيغة المصرحة بالشرط فهذا تلخيص الأشكال في هذه المسألة وتلخيصه في ثلاثة اشكالات ٥٨٧
- (أحدها) على المشهور عن العراقيين في فرقهم بين النقصان والزيادة وهو سؤال الإمام ٥٨٧
- (الثانى) على الشيخ أبى حامد في فرقته بين أن يقول : أنها عشرة أذرع فيجربى فيها القولان ٥٨٧
- (الثالث) عليهم وعلى الإمام والخراسانيين أو زيادة الصبرة تكون عند بعضهم للبائع ٥٨٨
- وقال أبو الطيب : أنه لا يختلف أصحابنا فيه وإذا ثبت الخلاف عند غيرهم فالأصح كذلك الصحة ٥٨٩
- وأما في المتقوم فالقول بالتصحیح يؤدي إلى أن يكون مورد العقد منهما وهو فاسد ٥٨٩
- (فائدة) قد نهت بما تقدم على السبب الذى اقتضى الإجازة ههنا في المتقوم جميع الثمن بخلاف أخواته من صور تفريق الصفة ٥٩٠
- (فائدة أخرى) هذه صورة هذه المسائل ليست على إطلاقها بل هي على ثلاثة أحوال ٥٩٠

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(والثاني) أن القولين في جنابة لا توجب القصاص فأما فيما يوجب القصاص فلا تمنع البيع قولاً واحداً لأنه كالمرتد (قلت) وهذا استدلال جيد على ضعف الطريقة الثالثة	٥٩٣	بحق ثلاثة دراهم بشرط أن عليها درهما (فرع) المشهور في المذهب أنه إذا باع جارية وشروط حملها بطل البيع ، وقيل : يصح في الأدييات لأنه عيب
٥٩٧	وإعلم أنه قد تقدم ما يقتضي الفرق بين الجاني والمرتد	٥٩٣	(قلت) فإذا قلنا بهذا واشترطه فأخلف هل نقول : ليس للمشتري الرد كما لو شرط أنه معيب وخرج سليماً ؟ وإن باع عبداً جانياً ففيه قولان
٥٩٨	فإذا قلنا : أن البيع صحيح في قتل العبد فقتل العبد في يد المشتري ففيه وجهان	٥٩٤	(أحدهما) أن البيع صحيح وهو اختيار المزنى (والقول الثاني) أن البيع باطل لأنه عيب يتعلق برقبته
٥٩٩	(الشرح) بدأ المصنف بالتفريع الذي هو المقصود فوضع المسألة في هذا الباب وإن أفدى فالأظهر أنه يفديه بأقل الأمرين من الأرض وقيمة العبد	٥٩٤	دين آدمي فلا يصح بيعه كالمرهون (قلت) وهذا الجواب فيه نظر
٥٩٩	(والثاني) يتمين الأرض وإن كثر ، إلا أن يسلم العبد لبيع فإنه قد يرغب فيه راغب بأكثر	٥٩٥	وأما قول المزنى : أن الشافعي سوى بين البيع والعق في الرهن في الإبطال
٦٠٠	قال الشافعي : من باع رجلاً غنماً قد حال عليها الحول أو بقراً أو ابلاً فأخذت الصدقة منها فلم يشتري الخيار	٥٩٥	وأجاب الأصحاب بجوابين (أحدهما) أن الشافعي لم يسو بينهما في الرهن
٦٠١	ويعبر عن هذا القول بأنه من ضمان البائع وتظير ذلك إذا اشترى جارية حاملاً ولم يعلم بحملها فماتت من الطلق يرجع بأرض العيب	٥٩٥	(الثاني) أن هذا الاستدلال بالعكس ولا يلزم الجواب عنه
٦٠١	ونقل عن نص الشافعي في كتاب الرهن أنه بمنزلة العيب قد رضى به (فرع) أما ثبوت الخيار	٥٩٥	(قلت) : ومن الماتعين من الاحتجاج بقياس العكس أبو حامد الأسفراييني كذلك نقل عنه الباجي في الأصول وفي موضع القولين ثلاث طرق
٦٠٢		٥٩٧	(أحدهما) أن القولين في العمد والخطأ ، لأن القصاص حق آدمي فهو كالسب
٦٠٣		٥٩٧	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٦٠٧	(أحدهما) أن المسألة على ثلاثة أقوال : أحدها : أنه يبرأ من كل عيب لأنه عيب رضى به	٦٠٣	للمشتري — إذا صححنا البيع — ولم يحصل القصاص — فإن كان بعد الفداء — (فرع) إذا باعه ولا جناية منه ولكنه كان قد حفر بئرا في محل عدوان قبل البيع فتردى فيها
٦٠٧	المشتري فبرىء منه البائع والثاني : لا يبرأ من شيء من العيوب لأنه شرط يرتفق به أحد المتبايعين فلم يصح مع الجهالة	٦٠٤	(فروع) وطء الجارية الجانية لا يكون التزاما للفادى (فائدة) أجمعوا إذا كان في يد العبد مال وهو مأذون أن الدين في ماله والجناية في رقبته
٦٠٨	الباطن في الحيوان (والطريق الثاني) أن المسألة على قول واحد وهو أنه يبرأ من عين باطن في الحيوان لم يعلم به ولا يبرأ من غيره	٦٠٤	(فرع) لو اشترى عبدا وبه مرض أو جراحة فزاد ذلك في يد المشتري ولم يعلم ثم علم حال الاستقصاء وإن اشترى عبدا مرتدا فقتل في يده ففيه وجهان في قول أبى إسحاق ينفسخ البيع ويرجع بالثمن
٦٠٨	(الشرح) هذا الفصل باب مستقل بوب عليه المزني والأصحاب بباب بيع البراءة قال البيهقي أن أصح ما رواه في الباب حديث سالم وهو المذكور من رواية مالك في قضاء عثمان وأما العلماء فاختلفوا على مذاهب	٦٠٥	(الشرح) بيع العبد المرتد صحيح على المذهب كبيع العبد المريض المشرف على الهلاك وإن قتل العبد في المحاربة وانحتم قتله فقد ذكر الشيخ أبو حامد في التعليق أن البيع باطل لعدم المنفعة
٦٠٩	(أحدهما) أن يبرأ من كل عيب عليه البائع أو لم يعلمه وهو مذهب أبى حنيفة وأبى ثور	٦٠٦	(الشرح) إذا قتل في المحاربة فإن تاب قبل أن يقدر عليه فالقود ههنا متحتم (الطريقة الثانية) ما قاله القاضي أبو الطيب أنه كبيع الجاني يعني عمدا فيصح على الأصح
٦٠٩	(والثاني والثالث) أنه لا يبرأ من شيء من العيوب واختلفت عبارة هؤلاء (والثالث) أنه لا يبرأ من شيء حتى يضع يده عليه كما تقدم عن شريح وعطاء	٦٠٧	إذا باع عبدا بشرط البراءة من العيب ففيه طريقتان
٦١٠	(الرابع والخامس والسادس) أنه لا يبرأ من	٦٠٧	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(أحدهما) أن تكون العيوب		العيب الباطن الذي لم يعلم
	مما لا يعين كالسرقة والابق،		به في الحيوان خاصة كقول
٦١٥	فتصح البراءة فيها بالتسمية	٦١٠	عثمان
	(والنوع الثاني) أن تكون		(السابع) قول ثان للمالك
	مما يعين كالبرص والقروح		وقال ابن عبيد البر : أن
٦١٥	فلا تكفى التسمية حتى يقف	٦١٠	مالكاً رجع إليه : أنه لا يبرأ
	عليها		بذلك إلا في الرقيق خاصة
	(قلت) وهذا معنى قوله		(والثاني) قول ثالث
٦١٥	في المختصر : ولو سماها		مالكاً وثقل : أنه الذي رجع
	لاختلافها		إليه أنه لا ينفع بالبراءة إلا في
	(فرع) ادعى الراعي أنه	٦١٠	ثلاثة أشياء فقط
	لا خلاف في البراءة إذا شرط		(والتاسع) أن البيع
٦١٦	البراءة من الزنا والسرقة		باطل كما هو قول في المذهب
	والابق لأن ذكرهما اعلام		خارج من التفرع على القول
	(الضرب الثالث) أن يبرأ	٦١١	الثاني
	إليه من كل عيب من غير أن		(والطريق الثاني) القطع
	يسمى ولا يقف المشتري	٦١١	بهذا القول الثالث
٦١٧	عليها فهو محل الأقوال		(والطريقة الخامسة)
	والطرق المتقدمة		القطع في الحيوان بالفرق بين
	(فرع) في الاستدلال		المعلوم وغيره ، وأجراء
٦١٧	للأقوال المذكورة غير القول	٦١٢	الأقوال الثلاثة في غير الحيوان
	الظاهر من المذهب وأجوبتها		والجوري نقل هذا النص
	(فرع) في الاستدلال		عن رواية حرملة ،
	للقول الظاهر من المذهب	٦١٤	والموردي ذكر هذا النص
	الحجة في ذلك ما ذكره		وأضعف الطرق الطريقة
٦١٨	الشافعي	٦١٤	الرابعة المأخوذة من الإمام
	وقول الصحابي حجة		(فرع قسم الموردي
	مقدمة على القياس على		البيع بشرط البراءة إلى ثلاثة
٦١٩	المذهب القديم	٦١٥	أضرب
	وأما على الجديد فلأنه		(أحدهما) يبرأ من عيوب
	يرى أن قول الصحابي مع		سماها ووقف المشتري عليها
	القياس الضعيف المسمى		فهذه براءة صحيحة وبيع
٦١٩	بقياس التقريب	٦١٥	جائز
	وقال الجوري : أن قول		(الضرب الثاني) أن يبرأ
	الصحابي الذي ليس له مخالف		من عيوب سماها ولم يقف
	إنما يكون حجة في الجديد إذا		المشتري قلبها فهذا على
٦٢٠	اعتضد بضرب من القياس	٦١٥	نوعين

وقال البندنجي في مقدمة كتاب الذخيرة : قال الشافعي في ادب القاضي : ولا يجوز لاحد من اهل العلم أن يقلد احدا غير رسول الله ﷺ

٦٢٠

أما حكمه فان كان بعد استشارة الصحابة فاجماع والا فان انتشر ولم ينكر فالذي سمعت الشيخ يقول : ليس بحجة وهو بمنزلة قول الواحد

٦٢١

فهذا النص من الشافعي يدل على انه يقول بقول الصحابي في بعض المواضع وفي القياس الخفي وهو الشبه وجهان

٦٢٢

(احدهما) يقدم على قول الصحابي

٦٢٢

(والثاني) يقدم قول الصحابي عليه وهو قول أبي حنيفة ومن لا خبرة له من أصحابه

٦٢٢

(الأمر الثالث) انه اذا كان الأمر كذلك فلم سماه الشافعي تقليدا

٦٢٣

(الرابع) في قول مالك رضي الله عنه في ذلك الأمر المجتمع عليه عندنا هو في هذا الموضع وغيره من هذه المشكلات التي استشكلها امامنا الشافعي

٦٢٣

قال اسماعيل بن أبي أويس : سألت خالي مالكا عن قوله في الموطأ الأمر المجتمع عليه والأمر عندنا يفسره لي

٦٢٣

فقال : أما قولي : الأمر المجتمع عليه عندنا الأمر الذي لا اختلاف قديما ولا حديثا

٦٢٤

وأما قولي : الأمر عندنا وما سمعت أهل فهو قول من ارتضيه واقتدى به وما اخترته من قول بعضهم

٦٢٤

(التفرع) وقد ذكره المصنف - ان قلنا : الشرط باطل ففي بطلان البيع وجهان وقال الامام اظهرهما انه ظاهر قول الشافعي

٦٢٤

وأعلم ان قضاء عثمان على ابن عمر رضي الله عنهم باليمين انه ما علم . نص في

٦٢٤

ان البيع صحيح لكن يشكل عليه قول عثمان : تخلف أنك ما علمت

٦٢٤

(والوجه الثاني) وهو الذي قدمه في التنبيه انه يبطل كسائر الشروط الفاسدة وقالوا الاكثرون غيره : انه

٦٢٥

فاسد

٦٢٦

قلو اختلفا في عيب هل هو حادث أو قديم ؟ قال الماوردي : ففيه وجهان من اختلاف أصحابنا في اختلاف العلة

٦٢٦

(فرع) قد اجتمع في الشروط مع العقد ثلاثة اقوال يصحان ويفسدان ، يصح العقد ويفسد الشرط

٦٢٧

(تنبيه) عرفت بما تقدم ان المذهب فساد الشرط في غير الحيوان وصحته في الحيوان مع التفصيل في البراءة

٦٢٧

(فرع) لو شرط ان لا يرد البيع بالمعيب القديم والحادث في ضمانه قال القاسمي حسين : يبطل البيع قولا واحدا

٦٢٨

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	(قلت) والتصرية لما		(فرع) شفع بمض
	كانت ملحقه عند الاكثرين		الوراقين في هذا الزمان بان
	بالعيب وعند بعضهم بالخلف	٦٢٨	يجعل بدل شرط البراء :
٦٢٩	لم تكن خارجة عن ذلك		أعلم البائع ، المشتري أن
	وأما الخيار الحاصل	٦٢٨	بالمبيع جميع العيوب ورضى به
	بسبب الاجبار في المراجعة فهو		(فرع) يختتم به الباب
٦٢٩	راجع الى العيب لانه كالعيب	٦٢٩	يعنى باب الرد بالعيب
	في المبيع		

* * *

تصويب

الخطأ	الاصواب	الصفحة	السطر
لاول	الاول	٣	١٤
والحالة الثانية	والحالة الثالثة	١١	٢١
لمما	تلما	١٣	٤
حمان ملح العراس	ضمان قلع العراس	١٤	٢
أخذه	أحدثه	١٤	٣
يقول	يقول	٣١	٢
محول	فحول	٣٨	٥
اليماي	اليماي	١٢٠	٤
بض	بعض	١٣١	٢٤
العقد العادة	العقد في العادة	١٣١	٢٩
يتميز	يتميز	١٨٢	١٣
عاصم بن عبد الله	عاصم بن عبيد الله	١٩٨	٧
تجفل	تحفل	٢٠٢	١٩
هذ	هذا	٢١٠	١
عمر بن راشد	معمر بن راشد	٢١٤	٣
الفاضى	القاضى	٢٥٩	٢٩
بذكر	يذكر	٢٧٤	٢٨
أبو سعد	أبو سعيد	٣٣٧	١٩
حفص بن عنان	حفص بن غياث	٤٣٢	٢٠
حفص بن عنان	حفص بن غياث	٤٣٢	٢٣
الجوزى	الجورى	٥٥٩	٢٢
الكعبين	ضمور الكعبين	٥٦٠	١١
يخاف	يخاف	٥٦١	٢٨
الفناوى	الفناوى	٥٦٢	١
المسرى	المشتري	٥٦٢	٤
بالفعل	بالفعل	٥٦٢	١٤
ومفقيها	ومفقيها	٥٦٢	١٩
الدحول	الدخول	٥٧٦	٨
الجوزى	الجورى	٦١٤	٣
الجوزى	الجورى	٦٢٠	٧